VI CONGRESSO INTERCONTINENTAL DE DIREITO CIVIL

Anais | ISSNe 2595-1602

EDITORIAL

Coordenação Acadêmica:
Rosilene Gomes da Silva Giacomin
Roger Silva Aguiar

Comissão Técnica Avaliadora:

Roger Silva Aguiar
Sofia Miranda Rabelo
Paulo de Souza Freitas Júnior
Rosilene Gomes da Silva Giacomin
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Coordenação Executiva:
Allan Christyan Sousa de Almeida

SUMÁRIO

15 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E SUA MODIFICAÇÃO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES E SUAS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS ..... PÁGINA 4

AS REDES SOCIAIS COMO NOVOS MECANISMOS DE ESTABELECIMENTO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS - O DIREITO À INFORMAÇÃO E A NÃO OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO NA REALIZAÇÃO DOS SORTEIOS ..... PÁGINA 17

CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO MATERIAL .....PÁGINA 27

FUNDAMENTOS RESTAURATIVOS E PRINCÍPIOS SISTÊMICOS NA PROMOÇÃO DA CULTURA DE PAZ .....PÁGINA 41

LIMITES AO DIREITO À PROPRIEDADE: FUNÇÃO SOCIAL E O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE ..... PÁGINA 57

O ABORTO E A TEORIA DA PERSONALIDADE JURIDICA: JULGAMENTO DO HABBEAS CORPUS 124306 ..... PÁGINA 64

O DEVER DE MITIGAR OS PRÓPRIOS PREJUÍZOS E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL ..... PÁGINA 73

O NAMORO QUALIFICADO NA PERSPECTIVA DA UNIÃO ESTÁVEL ..... PÁGINA 90

PAI TAMBÉM É QUEM CRIA: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE ..... PÁGINA 103

PRISÃO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ..... PÁGINA 120

RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE AOS REALITY SHOWS - UMA ABORDAGEM ACERCA DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL SOBRE O FENÔMENO DA AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS E COM UM OLHAR ESPECÍFICO PARA OS REALITY SHOWS ..... PÁGINA 134

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE - APLICAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ ..... PÁGINA 152

A DUPLA PATERNIDADE E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO CIVIL – AS REPERCUSSÕES DA DUPLA PATERNIDADE NO DIREITO DE SUCESSÃO ..... PÁGINA 161

A INFLUÊNCIA DO CAPITAL ERÓTICO NO AMBIENTE ORGANIZACIONAL BRASILEIRO VINCULADO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ABUSO DA AUTONOMIA PRIVADA..... PÁGINA 167

15 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E SUA MODIFICAÇÃO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES E SUAS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS.

Direito Civil - Incapacidade

Catarine Nascimento Santos[1]

O presente artigo versa sobre as alterações no Código Civil de 2002, através da entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ou como é mais conhecida, o estatuto da pessoa com Deficiência. A Lei nº 13.146/2015 trouxe uma ruptura na teoria das incapacidades do Código Civil, modificando os artigos que tratavam sobre a incapacidade absoluta e relativa, ao reconhecer a pessoa com deficiência como plenamente capaz para os atos da vida civil. Porém é cabível o questionamento sobre a aplicabilidade desta lei, visto que há alguns casos, especialmente no que tange a deficiência mental em que o discernimento fica comprometido. Assim chega-se ao principal objetivo deste trabalho que é o de demonstrar tais alterações e analisar os possíveis equívocos cometidos pelo legislador, visto que uma mudança tão importante necessariamente causa efeitos em todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Estatuto da pessoa com deficiência. Código Civil. Incapacidade. Interdição.

[1] Graduanda em Direito da UFBA, Estagiária de Direito da Defensoria Pública da União. E-mail: catarine.nsdir@gmail.com

I. INTRODUÇÃO

O Estatuto da pessoa com deficiência, a lei 13.146/2015, entrou em vigor em julho de 2016, trazendo importantes alterações no código civil de 2002 e no ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Referida lei tem como objetivo uma mudança radical no pensamento já consolidado da sociedade, ao que se refere a atuação da pessoa com deficiência na vida em comum e os seus direitos.

Cabe destacar que as pessoas com deficiência possuem direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e tal declaração foi o despontar para a normatização de diversos princípios fundamentais, tais como: princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Em consonância a isso, sabe-se que os direitos fundamentais, evoluíram demasiadamente, e são classificados essenciais para todo e qualquer ser humano.

Porém, apesar dos direitos já reconhecidos e consolidados, nos deparamos diariamente com uma série de situações em que são extirpados os direitos dos deficientes na inobservância dos mesmos. Assim, percebendo-se que havia preconceito e privação de direitos, foi elaborado o Estatuto da pessoa com deficiência, Lei 13.146/2015, com o intuito de efetivar e promover, em condições de igualdade o exercício desses direitos aos portadores de deficiência.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência entende que o conceito do que seria uma pessoa com deficiência está em constante evolução e resultante das interações às barreiras existentes, o que na verdade, é o que impede essas pessoas de estarem em igualdade de condições com as demais pessoas.

Porém, a partir desse pressuposto foi positivado a redação do conceito que além de tratar da sua interação com o ambiente, indica quem deve ser considerada pessoa com deficiência, que são as pessoas que possuem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Antes da entrada em vigor do EDP, a incapacidade civil era determinada seguindo dois critérios: pela ausência ou redução de discernimento em função da idade e pela ausência ou redução do discernimento em razão da saúde mental. A partir de 2016, em face das mudanças empreendidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, para o ordenamento jurídico brasileiro, apenas os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes, tendo o legislador excluído do rol de pessoas absolutamente incapazes as pessoas “com enfermidade ou deficiência mental” e deslocado para o rol dos relativamente incapazes “os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

Porém, em que pese o entendimento da eminente necessidade dessas pessoas estarem na sociedade sem sofrerem discriminação, há também o questionamento se colocando os que possuem alguma deficiência no rol de capazes e igualando-os a pessoas

que não tenham qualquer restrição, se estaria realmente tutelando interesses dos mesmos.

Assim objetiva-se analisar as implicações jurídicas decorrentes dessas modificações no código civil, quanto a teoria da capacidade, e quanto a situação do processo de interdição e da curatela após a entrada em vigor do Estatuto da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico. Nesta perspectiva, os procedimentos de pesquisa bibliográfico e jurisprudencial, promovem uma análise empírica do objeto de estudo e, ao mesmo tempo, interdisciplinar.

Para isso será analisado a teoria da capacidade e das incapacidades e como era disciplinado no Código Civil de 2002, perpassando pela demonstração das modificações e exame das consequências dessas alterações, apurando se realmente ocorreu benefícios para os incapazes.

2.1 A TEORIA DA CAPACIDADE E DA INCAPACIDADE: BREVE DEFINIÇÃO

Inicialmente cumpre definir o que se entende por capacidade e incapacidade, visto que para compreender a mudança no código civil é necessária uma abordagem sobre o que se entende por esses institutos. A capacidade em geral é definida como: "a medida das situações de que uma pessoa pode ser titular ou que pode atuar".[12] Os civilistas Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem por capacidade "a aptidão genérica para adquirir direitos e assumir pessoalmente deveres."[3] Assim, as pessoas que possuem capacidade são consideradas aptas para exercer ações e serem titulares de relações jurídicas.

A doutrina civilista compreende em dois sentidos diferentes o termo capacidade, quais sejam o de capacidade de direito e de capacidade de agir/fato. Para o estudo da incapacidade guarda maior importância o segundo sentido. A capacidade de direito é conferida a toda pessoa natural, na qual se consolida a personalidade, também reconhecida a toda e qualquer pessoa, e concretiza-se a na possibilidade de ser sujeito de direitos, não sendo necessário preencher qualquer requisito que não o da simples existência. A capacidade de fato, por sua vez, diz respeito a praticar pessoalmente os atos da vida civil. Diz-se que o sujeito possui capacidade jurídica plena quando, no plano fático, pode exercer, por si só, os direitos e deveres de que é titular, ou seja, este possui capacidade de fato e de direito concomitantemente.

A capacidade de agir, ao contrário da de direito, não é possuída por todos os sujeitos, já que o ordenamento enumera requisitos para que seja o sujeito considerado capaz. A capacidade de direito é absoluta, assim como a personalidade, qualidade, contudo, que não se estende à capacidade de fato, sobre a qual incide à Teoria das Incapacidades em razão da possibilidade de sua gradação. Assim, dada a possibilidade de reconhecimento de graus variados de capacidade de fato, para o ordenamento jurídico, existem pessoas absolutamente incapazes e pessoas relativamente incapazes.

Depreende-se do exposto acima, que a capacidade de agir possui diversos níveis, e a incapacidade é percebida dentro das limitações de exercer ações, segundo Pontes de Miranda como: praticar ato-fato jurídico. b) praticar atos jurídicos *strictu sensu* c) manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico; d) praticar atos ilícitos em geral, isto é, praticar atos ilícitos relativos e a de praticar atos ilícitos absoluto. A incapacidade é, em síntese, o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos.

Assim, entende-se que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos, das pessoas plenamente capacitadas.

Cumpre salientar, que a distinção exposta acima, não tem guarida, portanto quando se tratar de direitos existenciais, frisando que é certo e induvidoso que qualquer pessoa humana, maior ou menor, dotada ou não de capacidade de exercício pode exercê-los e reclama-los direta e pessoalmente, sob pena de comprometimento de sua dignidade.[4]

2.2 HISTÓRICO DA TEORIA DA CAPACIDADE E DAS INCAPACIDADES ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Inicialmente, quando vigoravam as Ordenações Afonsinas a maioridade só era alcançada aos 25 anos e antes disso era necessário possuir um tutor, mesmo alcançando a idade estipulada a pessoa ainda necessitava de um curador. Apesar disso, as pessoas denominadas furiosas podiam administrar os seus bens. Em relação a isso, havia toda uma variedade de determinações para se referir ao portador de transtorno mental: louco, desassisado, mentecapto, sandeu e furioso, como já mencionado.

As ordenações Filipinas no que lhe concerne, trouxeram diversas disposições relativas aos loucos e aos pródigos, bem como um regime específico de curatela para ambos, prevista no seu livro IV. Um interessante dispositivo das Ordenações determinava que o poder de polícia poderia ser utilizado “contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, de animais ferozes, ou danados e daqueles que correndo, podem incomodar os habitantes”. Nesse trecho podemos identificar o louco e o embriagado que futuramente seriam considerados incapazes.

A curadoria dos pródigos e mentecaptos segundo o Livro IV, título CIII, das Ordenações, a epígrafe de “Dos curadores que se dão aos Pródigos e Mentecaptos” determinava tal dispositivo que seja dado curador aos menores de vinte e cinco anos de idade, aos desassisados e desmemoriados, bem como aos pródigos que gastarem tudo. Além disso os sandeus eram protegidos sobre a guarda e vigilância preferencial do seu pai, no caso de fazer mal ou causar danos às suas propriedades.

Por muito tempo permaneceu vigente as Ordenações, e no Esboço de Teixeira de Freitas já constava graduação da incapacidade, esboço esse que não foi aceito, apesar da sua importância jurídica. O art. 41 tinha a seguinte redação: "art. 41. A incapacidade é absoluta, ou relativa. São absolutamente incapazes: 1º - as pessoas por nascer; 2º - os

menores impúberes; 3º os alienados declarados por taes em juízo; 4º - os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito; 5 – os ausentes declarados por taes em juízo". O art. 42 trazia as hipóteses de incapacidade relativa[13]. A proteção aos incapazes era revelada explicitamente no art. 43 do *Esboço*. Ademais, como complementação o tema era tratado da seguinte forma, segundo Iara Antunes de Souza:

> Na Consolidação das Leis Civis, os loucos de todo gênero e os pródigos recebiam tratamento equiparados aos menores e a curatela era dispensada à pessoa com loucura que pudesse fazer mal. Incumbia ao curador a responsabilidade pelo patrimônio do curatelado e o encargo de providenciar o tratamento médico necessário[5]

Depois deste período, em 1917 foi promulgado o código Civil de 1916, este já trazia a separação entre capacidade de fato e capacidade de direito, trazendo sistematizadamente a questão da incapacidade, como se infere do texto de lei, os arts. 5 e 6 do Código Civil de 1916:

> Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I – os menores de dezesseis anos;
> II – os loucos de todo o gênero;
> III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;
> IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.
>
> Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
>
> I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos;
> II – os pródigos;
> III – os silvícolas.

Na mesma linha seguiu o código de 2002, como afirma Maurício Requião em seu livro: "sistematizando a incapacidade, com congruência da sua fundamentação, nas consequências e de certa maneira, também no rol dos incapazes."[6] Assim como no código de 1916, o código de 2002 tinha como propósito a proteção do incapaz.

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I - os menores de dezesseis anos;
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem necessário discernimento para a prática desses atos;
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
>
> Art. 4 o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
> III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
> IV - os pródigos.
>
> Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Houveram algumas diferenças entre o Código Civil de 1916 e o Código de 2002, como a redução da idade para alcançar a capacidade plena, diminuindo dos 21 anos para 18 anos. Entretanto, o código civil de 2002, ao que concerne aos portadores de transtorno mental foram colocados em distintos graus de incapacidade: como absolutamente incapazes e como relativamente incapazes, isso claro, levando em consideração a medida do discernimento, além disso ocorreu a supressão do termo surdos-mudos e exclusão do ausente, visto que não fazia menor sentido graduar a capacidade de alguém que está desaparecido. As hipóteses evoluíram, em geral, com base nos apontamentos da doutrina e jurisprudência construídas ao longo do século XX, ajustando o passo com o conhecimento científico.

Compreende-se do exposto acima que, a teoria das incapacidades e a separação em absolutamente e relativamente incapaz, que torna o ato praticado pelo relativamente ou absolutamente incapaz anulável ou nulo respectivamente, tem como finalidade a proteção desses indivíduos, em que pese haver críticas quanto ao cunho patrimonialista de tal proteção. O estatuto da pessoa com deficiência, contudo, rompe com essa sistemática de proteção do incapaz.

3- O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O AS MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a constituição cidadã pelo seu viés humanista, tem compromisso com a pessoa humana e positivou como fundamento do Estado Democrático de Direito a Dignidade da Pessoa Humana. Esse princípio passou a ser o orientador de todo ordenamento jurídico, no qual todas as demais legislações devem buscar promover direitos e garantias fundamentais do homem.

A Lei Brasileira de Inclusão 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, é um resultado da busca da promoção da igualdade e da defesa dos direitos para todas pessoas com deficiência. A lei é ampla e trata da acessibilidade e da inclusão em diferentes aspectos da sociedade.

Importante mencionar que o estatuto está lastreado na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência que é o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional, esta convenção possui, portanto, status de emenda constitucional.

O estatuto da pessoa com deficiência, já mencionado, entrou em vigor em 03 de janeiro de 2016, a Lei nº 13.146/2015, e trouxe através do seu texto importantes modificações ao que concerne a capacidade e incapacidade já tratadas pelo Código Civil de 2002 nos artigos 3º e 4º.

O EPD, revogou os incisos do art. 3º do Código Civil de 2002, que mencionava os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Também foi alterado o *"caput"* que passa a estabelecer "são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos". Por conseguinte, conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro, não mais existir pessoa absolutamente incapaz maior de 18 anos.

Quanto ao artigo 4º do Código Civil de 2002, foi incluído como relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os ébrios eventuais e os viciados em tóxico. Por outro lado, foi retirado os que possuem deficiência mental, bem como, os que têm o discernimento reduzido. No tocante aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, aos pródigos e aos indígenas não houve nenhuma alteração significativa.

Essas alterações se deram em virtude de dois artigos do Estatuto, o art. 2 e o 84:

> Art. 2º Considera-se **pessoa com deficiência** aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em **igualdade de condições com as demais pessoas.** (grifo nosso)

Assim, a pessoa com impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do seu art. 2º, não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, tem por objetivo deixar claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. [7]

Com a supressão dos que eram considerados incapazes em razão da sua saúde mental, anuncia-se que a deficiência não gera por si só a incapacidade do indivíduo na escolha das decisões da vida civil.

Por isso, com a finalidade de suprir a ausência da proteção da incapacidade absoluta, criou-se a tomada de decisão apoiada, que encontra-se no art. 1783-A do Código Civil que consiste em um novo modelo alternativo à curatela, no qual duas pessoas são eleitas pela pessoa com deficiência para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil.[8] Neste caso, se constituirá pela via judicial, devendo o juiz ouvir o requerente, bem como os apoiadores escolhidos. Importante frisar que em

situações de divergência entre os apoiadores e a pessoa com deficiência prevalecerá a escolha do apoiado em detrimento dos demais apoiadores.

Além dessa inovação, o processo de interdição tal qual conhecemos, disposto nos artigos. 1.728 a 1.783 do CC, que visava uma maior ingerência na vida do interditando, no qual o juiz estabeleceria frente ao caso concreto os limites da interdição, não mais prevalece em nosso ordenamento, havendo diversas alterações pelo Estatuto. Doravante, temos o regime da curatela, disciplinado pelo art. 84, § 3, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no qual determina que "a curatela deverá ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto, e durará o menor tempo possível."

No campo do direito de família, houve mudança sobre o casamento, permitindo que mesmo nos casos em que se encontre submetidos à curatela, buscando privilegiar a autonomia existencial do portador de transtorno mental, permitem que mesmo nos casos em que se encontre submetido ao regime da curatela, possa casar, independentemente da autorização do curador. Art. 1518, bem como deixa de ser nulo o casamento contraído por portador de transtorno mental (com a revogação do art. 1548, I) [9]

A curatela, portanto, passa a ter caráter de regime excepcional, extraordinária, devendo ser bem fundamentada com exposição de motivos pelo magistrado, justificando as razões pelas quais limita a capacidade do sujeito para a prática de determinados atos da vida civil.

Ponto interessante e de interação com o código de processo civil, diz respeito à legitimidade para promover a interdição, o artigo 1.768, foi revogado pelo art. 747 do CPC-2015 O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ignorando a revogação do dispositivo pelo novo CPC, observou Fredie Didier Jr. , acrescentou-lhe um novo inciso (art. 1.768, IV, CC), para permitir que a própria pessoa instaure o procedimento de curatela.

Em síntese, o estatuto teve como escopo, com todas essas alterações, acabar com o rótulo de incapaz dessas pessoas, a fim de que passassem a ser consideradas em pé de igualdade com as demais, mesmo com a adoção de institutos assistenciais para suprir a proteção da incapacidade.

4 - ANÁLISE E CONSEQUÊNCIAS DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

As inúmeras alterações iniciadas pelo estatuto da pessoa com deficiência, naturalmente e como se espera de uma nova lei, quebrou paradigmas e consequentemente causou profundas transformações. Importante se faz, traçar e sopesar os resultados práticos que a lei 13.146/2015 promoveu.

A princípio, quanto a transferência do sujeito incapaz de exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória, para o rol dos relativamente incapazes, verifica-se que não encontra coerência no plano efetivo. Isto porque, em se tratando de relativamente incapaz, o sujeito não seria representado, mas sim assistido, ou seja, na situação de assistência o ato é praticado pelo próprio sujeito, assistido pelo assistente. Entretanto, estando o assistido impossibilitado de exprimir a sua vontade, não há possibilidade de praticar o ato, e sim deveria ser representado. Maurício Requião, [10]questiona em seu livro se poderia haver um novo modelo híbrido entre a assistência e a representação, aduzindo que não parece ser adequado.

Importante sublinhar, uma consequência jurídica importante a ser considerada, refere-se ao fato de que sendo o deficiente, o enfermo ou a excepcional pessoa plenamente capaz, não poderá, de regra, ser representado nem assistido, ou seja, deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil.

Especificamente, ao que tange às pessoas portadoras de transtornos mentais, observa-se sérios problemas, visto que, essas pessoas de forma automática serão consideradas plenamente capazes para exercer seus atos da vida civil. Assim elas poderão tomar todas as decisões concernentes a escolhas existenciais, bem como, quanto ao seu tratamento, cabendo a esta pessoa com deficiência de ordem mental a autorização para internações e procedimentos, não sendo possível que um terceiro com gozo de sua capacidade plena tome essas atitudes. Ratifica-se tal entendimento com a revogação dos incisos I, II e IV do artigo 1.767 do Código Civil, em que se afirmava que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à curatela.

Essas consequências trazidas pelo EPD aos deficientes mentais, muitos sem a menor possibilidade de reger a sua pessoa e seus bens, são incongruentes com a realidade. Predominantemente, compele o juiz a determinar internação ou intervenção cirúrgica em pessoas desse grupo, contra a vontade da pessoa. Até porque, a rigor, elas não têm condições de manifestá-la, necessitando de proteção da Justiça, a despeito do desamparo da lei.

Veja, também, que o deficiente, ao ter assegurado o direito de exercício da sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, o enfermo ou o excepcional, poderá celebrar contratos e negócios jurídicos em geral, sendo estes atos considerados válidos e quando necessário, essas pessoas forem submetidas à curatela, os atos serão apenas anuláveis, visto que eles serão considerados relativamente incapazes.

Abordando o âmbito processual, atente-se que sendo o deficiente, o enfermo ou o excepcional pessoa plenamente capaz, a prescrição e a decadência correrão normalmente contra ele. Atualmente, por força dos artigos 198, I e 208 do Código Civil, a prescrição e a decadência não correm contra os absolutamente incapazes.

A jurisprudência já tem decidido a favor de várias disposições encartadas no EPD, a exemplo de diversas decisões com o fito de melhorar a acessibilidade de escolas, prédios do poder judiciário, estações de trem e metrô, entretanto os tribunais também se

deparam com decisões de difícil aplicabilidade do Estatuto da Pessoa com deficiência, a exemplo de um de caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo, manteve uma decisão de primeira instância reconhecendo a inconstitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, alegando que as alterações dos artigos 3º e 4º do Código Civil desamparavam quem necessitava de proteção, visto que no caso estava em questão um jovem de 20 anos de idade com síndrome de Down e que tinha sido diagnosticado com idade mental de 10 anos, assim ele foi situado como absolutamente incapaz.[11]

Percebe-se assim que ainda existem dificuldades para adequar a legislação às situações em que pessoas comprovadamente sem condições de gerenciar suas vidas ou de manifestar sua vontade sejam consideradas relativamente incapazes, trazendo, nesses casos específicos, a desproteção de seus interesses. O que transmite a sua vontade tem de ter um mínimo de liberdade, compreensão, discernimento. E se tiver sido nomeado curador ao deficiente, não há intervenção do assistente que supra a questão principal de o agente não possuir vontade consciente, de não ter a mínima compreensão a respeito do significado, extensão, efeitos do negócio jurídico.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o exposto e todos os aspectos abordados, constata-se que o Estatuto da Pessoa com deficiência ao entrar em vigor, causou uma grande revolução na teoria das incapacidades, mas deixou várias lacunas, principalmente diante das inúmeras incompatibilidades do que ocorre na prática com o idealizado no estatuto.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, indiscutivelmente, afirma e concretiza, diversos direitos, entre eles: a proteção dos direitos à saúde e à educação, como também se assegura o direito ao trabalho, à constituição de família por meio do casamento e à sexualidade. Contudo, na tentativa de igualar as pessoas com deficiência às pessoas plenamente capazes em todas as situações, retirou a proteção conferida pela teoria das incapacidades.

Entre todas as consequências elencadas decorrentes principalmente da alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil, o mais prejudicado em verdade é o próprio deficiente, com o foco especial para os que possuem deficiência de ordem mental. Estes estarão de uma certa maneira sobre a falsa ideia de possuírem plena capacidade, quando no plano fático não possuem discernimento. Devemos destacar que não foi criado regime de transição para os deficientes atualmente considerados como incapazes e já curatelados, causando uma instabilidade.

Ademais, o que já estava determinado no código civil de 2002 antes da alteração pela Lei. 13.146/2015 em nada afetava a dignidade da pessoa com deficiência, já estava disposto de forma óbvia que seriam considerados absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e como relativamente incapazes apenas quanto a alguns atos ou maneira de os exercer os excepcionais, mental sem desenvolvimento completo.

A regra anterior era portanto, a capacidade e seria necessário a constatação da impossibilidade de discernimento, para a partir daí ser considerada dentro de alguma das hipóteses de incapacidade.

A análise das alterações sobre a incapacidade trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, juntamente com o delineamento das consequências culmina no entendimento de que gerou insegurança desnecessária para o ordenamento e para os próprios deficientes. As pessoas com deficiência devem ser protegidas e merecem igualdade de direitos dentro da sociedade, porém as modificações estabelecidas não trazem proteção e igualdade.

NOTAS EXPLICATIVAS

---

[2] ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: teoria geral, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.116. Diferencia ainda capacidade de esfera jurídica, tratando esta última como "o conjunto de situações que uma pessoa efetivamente tem", sendo portanto histórica e concreta (p.126).

[3] FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson, - 13.ed.rv.ampl. e a atual- São Paulo: atlas, 2015.
[4]ABREU, Célia Barbosa. Curatela e interdição civil. Rio de Janeiro. Lumen júris, 2009. pág.186.
[5] Iara Antunes SOUZA, 2016, p. 186-187.

[6] REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência. Incapacidades e interdição/ Coordenação Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52
[7] STOLZE, Pablo. " É o fim da interdição?", 2016.
[8] Maurício Requião, pág. 182, 2016.
[9]Maurício Requião, pág. 188, 2016.
[10] Maurício Requião chega afirma que tal disposição do Estatuto desafia a lógica. 2016, p.162,
[11] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1007607-79.2015.8.26.0565. Relator des. Fábio Podestá. 5ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 27 de junho de 2017.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Legislativo no. 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2018.

_____. LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 05 de jun. 2018

ABREU, Célia Barbosa. Curatela e interdição civil. Rio de Janeiro. Lumen júris, 2009.

DIDIER Jr. Fredie. Editorial 187 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Fonte: http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/, acessado em 29 de setembro de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE,Flávia Piva Almeida / RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes / COSTA FILHO ,Waldir Macieira Da. Comentários ao Estatuto da Pessoa Com Deficiência. Saraiva. 2016

MIRANDA,Pontes de, TRATADO DE DIREITO PRIVADO: PARTE ESPECIAL. TOMOXXIII. 3ED. São Paulo: revista dos tribunais. 1984, p-5-6

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm> Acesso em: 05 jun. 2018

_____. Ordenações Filipinas. vol. 1-5. Rio de Janeiro: Edição de Cândido Mendes de Almeida, 1870.
Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Ordenações Manuelinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência. Incapacidades e interdição/ Coordenação Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52

ROSENVALD, Nelson. Câmara aprova curatela compartilhada para pessoas com deficiência. 2015.Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/#!Câmara-aprova-curatela-compartilhada-para-pessoas comdeficiência/c21xn/55dcf8770cf21d94cc544ce>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2015. Disponível em:<http://www.nelsonrosenvald.info/#!Conheça-o-Estatuto-da-Pessoa-com-

Deficiência/c21xn/55dd00010cf2c4072861d98d>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SOUZA, Iara Antunes de. Estatuto da Pessoa com Deficiência: Curatela e Saúde Mental.Belo, Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46409>. Acesso em: 18 jun. 2018.

AS REDES SOCIAIS COMO NOVOS MECANISMOS DE ESTABELECIMENTO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS - O DIREITO À INFORMAÇÃO E A NÃO OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO NA REALIZAÇÃO DOS SORTEIOS

Ana Raí Carneiro Vieira Pinto[1]
Lara Moreira Colaço[2]

RESUMO: Aborta uma análise da Lei 5.768/71, bem como da Portaria MF 422/2013, visando, em primeiro plano, destacar o novo contexto no qual se desenvolvem, atualmente, as relações contratuais, qual seja, o das redes sociais. Analisa-se também, como as redes sociais têm se mostrado vantajosas para o mercado consumidor. Em seguida, há um estudo das regras que estão inseridas nos dispositivos legais que regulamentam a prática dos sorteios. Como estes se realizam, e como a lei que regula promoções comerciais ampara essa nova modalidade. Cumpre também entender a importância do direito fundamental à informação na formação dos contratos, principalmente quando ela se dá através das mídias virtuais. E, por fim, faz-se mister entender o porquê do não cumprimento à lei na realização dos sorteios, as suas consequências e as suas penalidades.

PALAVRAS-CHAVE: Redes sociais. Sorteios. Direito à informação. Contratos.

[1] Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: anarai.02@hotmail.com
[2] Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: laracolacob@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A internet a cada dia se reinventa, refletindo não somente nas maneiras de interação social, mas também nos meios de se relacionar comercialmente. Essa nova ferramenta tornou-se um atrativo para o mercado consumerista pelas vantagens que pode trazer, como o grande alcance ao público e o baixo custo de publicidade. As empresas de grande e de pequeno porte passaram a buscar as mídias digitais para alargar seu campo de atuação e aumentar os lucros de forma rápida e eficiente e, além do mais, a boa imagem passou a ser crucial para o bom desempenho e crescimento das mesmas. Dessa forma, se torna cada vez mais relevante ter esse relacionamento mais próximo entre empresa e consumidor, conhecendo suas preferências e buscando assim, o êxito em seu ramo de atuação. O uso da distribuição gratuita de prêmios tem sido um meio muito utilizado para conhecer o público-alvo que está sendo atingido e assim, alargar a notoriedade de seus produtos e serviços.

Por outro lado, o Direito, ainda incipiente no acompanhamento do rápido avanço provocado pelas novas formas de relacionamento digital, tem se mostrado lento e conservador quanto a algumas formas de controle dos usuários pelos novos meios de informação, como o caso da Lei 5.768 de 1971, a única que trata sobre sorteios e operações assemelhadas no Brasil e que será abordada no presente artigo. Em alguns aspectos os avanços são visíveis, no entanto, quando se trata de mídias digitais as manifestações alteram-se constantemente e de forma abrupta e por vezes a excessiva restrição legal não é suficiente para coibir as novas formas de manifestação social. Consequentemente, o atraso jurídico pode vir refletir no uso da internet de forma arbitrária, e mesmo quando há o disciplinamento legal, desagua-se ainda numa nova problemática: a fiscalização e aplicação das penalidades.

Desta forma, neste trabalho iremos analisar as mudanças trazidas pelo uso das redes sociais nas relações contratuais, notadamente, no que diz respeito ao uso dos sorteios, vale-brinde e assemelhados como forma de divulgação de uma marca, aproximando consumidor e vendedor rápida e eficazmente. Bem como, iremos expor como a legislação regula esse novo modo de divulgação e como ele impacta a concepção do direito fundamental à informação no Brasil.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A relação entre os usuários da internet tem crescido de forma rápida e até mesmo descontrolada, de forma que cada vez mais o Direito precisa acompanhar tais mudanças e permitir que os avanços sejam compatíveis com as necessidades sociais. Os contratos, por vezes, são os mesmos que os realizados fisicamente pelos contratantes, mas o modo

de realização diversa interfere na forma de fiscalização e aplicação, afetando até mesmo a segurança jurídica das relações. Por outro lado, o regramento legal não se produz na mesma velocidade com que surgem as novas tecnologias, tendo, muitas vezes, que recorrer a diplomas legais já existentes (POLLI, LUFT, 2012).

Para Polli, Luft (2012, p. 137), "A rede social configura-se, atualmente, como uma estrutura social. Com ela tanto pessoas, quanto organizações podem estar conectadas pelas mais diversas espécies de relações, valores e/ou objetivos". O alargamento e universalização de acesso a rede mundial de computadores tornou necessária a criação de uma legislação que regule as relações pessoais firmadas na internet (POLLI, LUFT, 2012). Até mesmo porque questões já esclarecidas no plano habitual dos contratos podem levar a questionamentos quando realizados pela Internet, como, por exemplo, a forma de transmissão da oferta e da aceitação de forma online e a configuração do erro como vício que possa anular o negócio jurídico, ou quando ao momento do início da responsabilidade contratual.

Com o avanço do desenvolvimento tecnológico, principalmente com a chegada da internet, a informação passou a ter influência comportamental, passando a ter relevância jurídica e merecendo proteção (GARCIA, 2016). Segundo ensina Paulo Lôbo (2017), deve ser aplicado aos contratos eletrônicos o sistema legal de proteção do consumidor, notadamente quanto à proteção contra práticas abusivas e ao acesso prévio as condições gerais do contrato. Dentre essas condições, resta incluído precipuamente o direito à informação, fornecendo ao consumidor todos os termos da relação e garantindo o exercício de seu direito de defesa e a possibilidade de coibir qualquer irregularidade que venha a ocorrer.

Ressalta-se tal preocupação do legislador na Lei 5.678/71 ao exigir que apenas seja feita a divulgação do sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada após emitida a autorização para a sua realização e conste ainda nos termos abertos ao público. Para que o fornecedor aja com lealdade, respeitando os deveres anexos, e mantendo a relação contratual equilibrada, é indispensável a ampla informação sob pena de incorrer em inadimplemento contratual (GARCIA, 2016).

Com a força que ganha a autonomia privada com as Constituições Liberais há um claro choque entre essa liberdade privada e os direitos fundamentais protegidos pelo Estado, incorrendo em diversos abusos nessas relações, com a exploração do polo hipossuficiente do negócio jurídico. Ganha, por meio do desenvolvimento do Estado Social, relevância o tema da proteção dos direitos fundamentais, proporcionando um largo campo de alcance destes e trazendo a chamada constitucionalização do direito privado, interligando as duas áreas do direito e garantindo as partes contratantes as mais amplas garantias e sem deixar de lado sua autonomia dentro da relação *inter partes*.

Lembrando de forma coerente os ensinamentos do Barão de Montesquieu, Paulo Lôbo (2017) ensina que a igualdade negocial formal passa a conviver com a igualdade contratual substancial, principalmente nos contratos massificados e conclui que todo poder sem controle degenera em abuso, já advertira Montesquieu.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, observando os princípios da transparência e da informação, prevê que todo produto ou serviço deve conter em suas apresentações informações corretas, claras, ostensivas, precisas e em língua portuguesa, pois é um direito do consumidor saber de todas as informações e características do produto ou serviço que está adquirindo (GARCIA, 2016).

A aplicação do diálogo das fontes justifica-se no Brasil diante de uma aproximação principiológica entre os dois sistemas legislativos (CDC e CC/2002), principalmente no que tange aos contratos, segundo Flávio Tartuce (2017). Não pode ser diferente essa aproximação nos contratos realizados pela internet, garantindo a igualdade de tratamento entre os diversos meios contratuais que forem escolhidos pelas partes, reiterando sua autonomia.

Álvaro Villaça Azevedo (2009) compara o contratante a um pássaro libertado de uma gaiola, ao fácil alcance de um gavião, pronto para atacá-lo. Importante perceber a partir desta analogia feita pelo ilustre autor a forma com que se comporta, principalmente a parte mais frágil, diante de um contrato. Se faz submissa aos interesses do outro e até mesmo escrava de seus próprios desejos e pretensões, daí a importância da ordem jurídica em assegurar a observância não só daquilo que foi pactuado pelas partes, mas também os direitos individuais e coletivos de cada uma e suas condições pessoais, para não deixar que abusos acontecem, decorre, muitas vezes, dessa ideia a rigidez do legislador em termos de controle ao polo hipersuficiente da relação.

Adequadamente coloca José Afonso da Silva (2005), que ainda que o direito de informar revele-se um direito individual como aspecto de liberdade de pensamento, já está contaminado de sentido coletivo em virtude da transformação dos meios de comunicação, não deixando de ser um mecanismo de atenção as necessidades das partes contratantes. Essa extensão de alcançabilidade torna o direito de acesso à informação ainda mais importante, afinal, o indivíduo está contido dentro do todo.

3 MATERIAIS E MÉTODOS

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica fundada em referências teóricas de livros, publicações, artigos e revistas científicas que abordam o tema trabalhado. A abordagem foi qualitativa, obtendo-se dados descritivos e buscando entender as questões referentes ao tema.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A proporção que vem ganhando o uso da internet no decorrer dos anos, desde que se tornou conhecida pela população, na década de 90 do século XX, fez surgir recente e de forma intensa o uso das redes sociais mudando de forma drástica o modo de relacionamento entre as pessoas, desde seu uso para comunicação entre amigos até como estratégia de marketing muito explorado pelas empresas que buscam alargar seu campo de atuação.

Como ensina Carla S. T. Almeida e Bráulio Alturas (2015), o marketing empresarial viu nisso uma oportunidade de negócio e adaptação às novas tecnologias, mantendo-se atualizado com a nova realidade social. Um dos meios mais utilizados atualmente para manter essa relação de interação entre empresas e consumidores tem sido por meio dos sorteios e outros meios de distribuição gratuita de produtos e serviços pelas redes sociais como forma de divulgação da marca e aumento da lucratividade.

Para uma empresa que quer se manter ativa no mercado, a imagem perante os consumidores passa a ser, mais do que nunca, algo que deve ser extremamente zelado e uma das principais medidas a serem tomadas é a adequação à nova realidade vivenciada, que constantemente traz novas mudanças e novos meios de organização.

Como assegura Graça Alves e Joaquim Antunes (2015), de fato, o sucesso de uma marca atual está sob influência de novas variáveis como o poder de decisão do consumidor, a facilidade de acesso a informação e a compra de produtos online (e-commerce). Desta forma, empresas em todo mundo procuram informação credível e atual sobre os públicos-alvo nas redes sócias.

Sendo importante, não apenas conhecer a quem se quer vender um produto ou fornecer um serviço, mas também a quem está chegando tais informações para, se necessário, mudar ou permanecer na estratégia que está sendo utilizada. Como ensina Dora Simões e Cátia Dias (2017) tais estratégias envolvem: facilidade de comunicação da marca com clientes e futuros clientes; segmentação de campanha para o público-alvo; comunicação de baixo-custo; gestão e análise de resultado das ações de comunicação, entre outras. Uma pesquisa feita pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) do ano de 2016 cerca de 116 milhões de pessoas no Brasil acessaram a internet, a maior parte dos usuários está entre os jovens de 18 a 24 anos, já aqueles com 60 anos ou mais o percentual fica em 24,7% dos usuários.

Como consequência dessas transformações nas relações comerciais, surgiu, para o ordenamento jurídico, a necessidade ampará-las legalmente. A Lei 5.768 do ano de 20 de

dezembro de 1971 é a única que normatiza a realização de sorteios, vale-brinde, concursos ou operações assemelhadas no Brasil. Como forma de esclarecer alguns pontos da lei e dada a sua intensa defasagem em termos de atualização, o Ministério da Fazenda por meio das Portarias 41 de 2008 e 422 de 2013 voltou a regular do assunto, restringindo e coibindo abusos. As empresas sentem, cada vez mais, a necessidade e a importância de estarem presentes nas mídias digitais, tal fato decorre do amplo alcance que pode ter uma publicação e com poucos custos ou nenhum para as beneficiadas.

Existem quatro valores básicos que permeiam o uso das redes sociais pelas empresas, são eles: a visibilidade, os sites de redes sociais permitem que os usuários estejam sempre conectados com suas marcas; a reputação, que é a percepção construída pelos demais atores, ou seja, a impressão que as outras pessoas tem sobre certo individuo ou empresa; a popularidade, esta está diretamente ligada à audiência, que é facilitada nas redes sociais. Na Internet, a audiência pode ser medida pelo número de visitas a um perfil, entre outros. Por último, outro valor é a autoridade que é o poder de influência de um usuário na rede social. É a medida da efetiva influência de um ator social com relação a sua rede, juntamente com a percepção dos demais usuários da reputação dele (RECUERO apud Rocha, 2013).

Desta forma, por meio dos sorteios de produtos e prêmios, as empresas divulgam suas marcas, estimulam as vendas e ampliam sua área de atuação, por meio do alcance que uma publicação pode ter em pouco tempo e com grandes retornos financeiros.

Entretanto, apesar de parecer algo muito vantajoso e de fato pode ser um grande fator que amplie o mercado consumidor de uma determinada empresa, grande parte delas não segue as regras impostas pela legislação e acabam ficando sujeitas a sanções que podem trazer o efeito contrário ao desejado, prejudicando a visibilidade do produto ou do serviço oferecido. Prevê o artigo 1º §1 da Lei 5.768/71

A autorização somente poderá ser concedida a pessoas jurídicas que exerçam atividade comercial, industrial ou de compra e venda de bens imóveis comprovadamente quites com os impostos federais, estaduais e municipais, bem como com as contribuições da Previdência Social, a título precário e por prazo determinado, fixado em regulamento, renovável a critério da autoridade.

Logo, só é permitido a realização das citadas operações por pessoas jurídicas que estejam regularizadas e autorizadas a tal exercício. Tal pedido de autorização, deverá ser oferecida perante a Caixa Econômica Federal ou a Secretaria de Acompanhamento Econômico pelo Ministério da Fazenda, de acordo com o artigo 1º da Portaria MF 422/2013.

No entanto, há casos que dispensam tal autorização para a distribuição gratuita de prêmios e estão previstos no artigo 3º da Lei 5.768/71.

> Art 3º Independe de autorização, não se lhes aplicando o disposto nos artigos anteriores:
>
> I - a distribuição gratuita de prêmios mediante sorteio realizado diretamente por pessoa jurídica de direito público, nos limites de sua jurisdição, como meio auxiliar de fiscalização ou arrecadação de tributos de sua competência;
> II - a distribuição gratuita de prêmios em razão do resultado de concurso exclusivamente cultural artístico, desportivo ou recreativo, não subordinado a qualquer modalidade de álea ou pagamento pelos concorrentes, nem vinculação dêstes ou dos contemplados à aquisição ou uso.

E ainda, o artigo 4º da referida lei faz referência a possibilidade da não observância das determinações legais, sendo de competência do Ministério da Fazenda a fiscalização, regulamentação e controle, quando a realização se dê por "instituições declaradas de utilidade pública em virtude de lei e que se dediquem exclusivamente a atividades filantrópicas, com fim de obter recursos adicionais necessários à manutenção ou custeio de obra social a que se dedicam."

Em razão das possibilidades de dispensa ofertadas pela lei, diversas empresas passaram a realizar a distribuição gratuita de produtos e serviços com a finalidade de promover suas marcas e produtos, como se concursos culturais fossem, como por exemplo, a escolha da melhor frase para ganhar alguma premiação oferecida pela empresa. Entretanto, para restar caracterizada a modalidade de "concurso cultural ou artístico" a álea, ou risco, não podem estar presentes, devendo a premiação ser atribuída pelo desenvolvimento de alguma atividade artística por parte do concorrente, premiando, assim, seu mérito.

É ainda necessário que a premiação não tenha vinculação com divulgação de marcas ou produtos, visando promover alguma empresa e os concorrentes não podem estar sujeitos a qualquer tipo de pagamento, como prevê o artigo 3º, inciso II da Lei 5.678, acima citado. Daí o Ministério da Fazenda por meio da Portaria 422 de 2013 com o intuito de coibir essas ações contrárias a legislação, proibiu a realização pelas redes sociais dos concursos culturais, restando descaracterizado tal modalidade se realizada pelas mídias digitais, facultando apenas aos realizadores a divulgação por tais meios.

Não sendo o caso de dispensabilidade de autorização, as empresas que queiram realizar a distribuição gratuita de prêmios devem solicitar uma autorização e, antes mesmo,

efetuar o pagamento de uma taxa de fiscalização. Não pode o mesmo ser divulgado antes de regularizado e concedida a autorização, que deverá ser avaliada em 30 dias pelo Ministério da Fazenda.

Em caso de descumprimento das normas impostas pela legislação, a mesma traz as penalidades que podem ser aplicadas. Para aqueles que agirem na realização de tais sorteios e operações assemelhadas, sem autorização ou em desrespeito as demais exigências legais, será multada em até cem por cento da soma dos valores dos bens sujeitos a distribuição e a proibição da realização de outros por até dois anos, de acordo com o artigo 12. Já para aquelas a quem foi concedida autorização, mas descumprirem o plano para distribuição de prêmios ou desvirtuar a finalidade da operação, ficará sujeita, além das sanções previstas no artigo antecedente, a possibilidade ter cassada a autorização que lhe foi dada.

Como forma de relacionar as inovações proporcionadas pela tecnologia e a vida em sociedade, assevera Miguel Arrieta Zinguer (2014, p.5) "La comunicación debe entenderse como el género, del cual la información constituye la espécie." E logo em seguida, ao falar do exercício do direito a comunicação encerra "cuyo ajemplo más palpable y evidente es el desarrollo y crecimiento de la red mundial de informática conocida como Internet."

Logo, é inegável o papel de integração proporcionado pelos meios de comunicação digital e sua influência na forma de tratamento dos direitos fundamentais, notadamente o direito à informação, de forma que não cabe, simplesmente, barrar ou coibir as novas formas de relacionamento em curso, mas sim, adequá-los à normatividade de forma que seu uso traga desenvolvimento e crescimento aqueles que deles se utilizam e a toda a sociedade. Acertadamente o ensinamento de Patrícia Pinheiro (apud Flávio Tartuce, 2017) quando indica:

Na realidade da sociedade da informação, podem ser apontadas como características do Direito Digital ou Eletrônico: a celeridade, o dinamismo, a autorregulamentação, a existência de poucas leis, uma base legal na prática costumeira, o uso da analogia e a busca da solução por meio da arbitragem.

Reiterando, assim, a importância de ter uma legislação adequada a velocidade das mudanças e proporcionando a segurança do consumidor, bem como a possibilidade de realizar as formas de contrato que mais lhe interessem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da internet e o seu rápido avanço, as empresas viram a oportunidade de ampliar a abrangência do mercado através das redes sociais, surgindo assim novos meios de contratar e novas relações de consumo, trazendo a necessidade de o ordenamento jurídico acompanhar tais modificações, regular as novas formas de convívio social, pois já é uma realidade e aparentemente, irreversível. Isso ocorreu também por causa das vantagens para ambos os polos da relação contratual, quais sejam, a praticidade, o baixo custo, e o grande alcance de público.

No entanto, o que se tem observado é a falta de cumprimento do disciplinamento legal, porque muitas vezes a rapidez com que se desenvolvem as novas tecnologias não permitem atualização legislativa com a mesma velocidade, fazendo com que fiquem tais contratantes sujeitos a diversas sanções que muitas vezes não condizem com a atual realidade.

Nesse contexto, o direito à informação tem elevada importância, porque a relação virtual pode ser usada em prejuízo do contratante, causando, eventualmente, o inadimplemento contratual e algumas responsabilidades que podem vir a surgir no decorrer no contrato. Importante salientar a relevância que ganha esse direito não só nos recentes contratos eletrônicos, mas também nos demais na formação do Estado Social, dada a necessidade de maior controle pelo Estado de forma a proteção, primordial, dos mais vulneráveis.

A imersão constante em publicidade no mundo globalizado, faz com que a cada momento tenhamos acesso aos mais diversos meios de divulgação de produtos e serviços e nessa esteira de comunicação em massa que as empresas buscando a maior visibilidade e baixo custo viram nos sorteios e demais meios de distribuição gratuita de prêmios um forte meio de marketing digital, o grande problema surge quando não é obedecida a legislação e as sanções podem enfraquecer a marca.

A proporcionalidade ainda não foi obtida entre os meios de comunicação e a atual norma reguladora dessas relações contratuais, de forma que de um lado, temos consumidores querendo ganhar os produtos e serviços e de outro, empresas que se aproveitam da fragilidade online para divulgar indistintamente suas marcas. O Estado vem como uma forma de buscar o justo equilíbrio entre os dois lados, contrabalanceando danos e benefícios, no entanto, pode não ser tão apropriado para o momento de euforia nas mídias digitais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carla S. T; ALTURAS, Bráulio. Marketing Empresarial nas Redes Sociais. **Conferência Ibérica de Sistemas e Tecnologias e Informação**, Lousada. Vol. 1, p65-70. 6p. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 3ª edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2009.

DIAS, Cátia; SIMÕES, Dora. Seguidores de marcas no Facebook: percepções e comportamentos. **Conferência Ibérica de Sistemas e Tecnologias e Informação**, Lousada. Vol. 1, p2280-2285, 6p. 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **O princípio da informação na pós-modernidade: direito fundamental do consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo.** Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3466/2482> Acesso em: 2 de julho de 2018>

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Jus. 2017.

POLLI, F. G.; LUFT, M. I. Sociedade de informação, ambiente virtual e Código de Defesa do Consumidor: possibilidade de responsabilização das redes sociais em razão de danos causados aos usuários através da ótica consumerista. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, a. 12, n. 2, p. 133-155.

ROCHA, Valéria Thelma *et al.* Estudo Exploratório sobre uso das Redes Sociais na Construção do Relacionamento com Clientes. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. São Paulo. Vol. 15, n.47, p. 262-282, abr/jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** 12ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017.

ZINGUER, Miguel Arrieta. Libertad de Expresión y Derecho a la Información em las Redes Sociales em Internet. **Revista de Derecho: Comunicaciones y Nuevas Tecnologias.** Bogotá. P1-31. 31p. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** 12ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2017.

CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Eloisa Rafael Fialho[1]
Fernando Pereira de Sousa[2]
Wallery Carolina Gonçalves Barros[3]
Clóvis Marques Dias Júnior[4]

RESUMO: O presente trabalho realiza uma análise da Constelação Familiar, método sistêmico criado por Bert Hellinger e inserido no Judiciário brasileiro pelo juiz Sami Storch. Esta técnica consiste em um modelo de terapia baseado na influência das gerações passadas sobre a vida do indivíduo, sendo inovadora no sentido de considerar a subjetividade na resolução dos conflitos no Judiciário. Dada a complexidade das relações sociais tal método tem se mostrado verdadeiro instrumento de celeridade e efetivação do direito. Para a realização dessa pesquisa, valeu-se da análise bibliográfica e estudo de casos como meio metodológico. Verificou-se que onde se fez uso dessa técnica, estando ambas as partes presentes, operou-se 100% de acordos em contrapartida ao que antes não se tinha. Dado o exposto, tendo em vista a hodierna cultura do litígio, observou-se que este método sistêmico, além de não desprezar a complexidade dos fenômenos sociais, traz solução ímpar ao judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Conflito. Acordo. Efetivação. Subjetividade. Sistêmico.

[1] Discente da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA. E-mail: eloisa.fialho@outlook.com
[2] Discente da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA. E-mail: fenando_765@hotmail.com
[3] Discente da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA. E-mail: walleeryc@gmail.com
[4] Orientador; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp (Uniderp/Anhanguera); Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA E-mail: clovisjrs@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Nesse período que tem sido denominado de pós-modernidade o conflito entre as partes deve ser analisado sempre na sua integralidade, vendo o todo e cada um dos fragmentos que o constitui, sendo dirigido às expectativas do ser humano, seus valores e suas percepções.

Todavia, observa-se a incapacidade do Poder Judiciário de processar e julgar a crescente quantidade de ações que lhe são apresentadas, sendo foco de críticas acerca da efetivação do direito material, não satisfazendo contento as partes no que tange a seus direitos, assim como também na demora da devida prestação jurisdicional.

Destarte, o profissional que atua na área do direito, costuma visualizar somente a lide e a sentença. Por essa razão, recentemente, as instituições de ensino, o Mistério da Educação e Cultura, o Conselho Nacional de Justiça e o próprio Poder Judiciário têm fomentado a aplicação de novos métodos que avancem para além do foco adversarial.

Diante disso, a tradicional forma de tratar os conflitos no Judiciário já não é vista como a mais eficiente. Nessa perspectiva, descrevendo o formato básico com que introduziu as constelações no Judiciário no Brasil, o magistrado Sami Storch, observou que, no meio jurídico e pela sociedade em geral, a necessidade de novos métodos de autocomposição, que permitam não apenas uma decisão judicial que estabeleça como deve ser a solução para cada conflito, mas que efetivamente traga paz para todos os envolvidos e lhes permita manter entre si uma relação harmoniosa, inclusive para tratar de forma amigável outras questões que poderiam surgir posteriormente entre as mesmas partes.

Sendo assim, o presente trabalho, pretende enfatizar a técnica de Constelação Familiar – método que busca na família o estopim de dificuldades, bloqueios, padrões comportamentais que transladam sofrimentos desenvolvidos pelas pessoas no decurso da vida - como meio de assegurar o processo célere e efetivo, abrindo espaço para uma justiça mais humana e eficiente na pacificação dos conflitos.

Apresenta-se a Constelação Familiar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, refletindo no princípio da celeridade processual, princípio da eficiência, princípio da razoável duração do processo e princípio da dignidade da pessoa humana, todos consagrados na Constituição Federal de 1988. Mostra-se também, resultados benéficos através de casos práticos, a técnica vem sendo aplicada em assuntos relacionados a questões familiares no geral, adoção, herança, divórcio, guarda dos filhos, como também em menores infratores e autores de violência doméstica.

Dessa forma, a Constelação Familiar, vista como método alternativo de composição de litígios, propõe uma mudança de paradigma, tendo como objetivo a restauração das relações rompidas pelo conflito, por meio da participação ativa de todos os envolvidos.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

4.1. Conceito

A constelação familiar - também chamada de constelações organizacionais ou pedagogia sistêmica - surgiu em meados dos anos 80 tendo como alicerce inúmeros trabalhos desenvolvidos pelo filósofo, teólogo e pedagogo Bert Hellinger, auxiliando a harmonização de relacionamentos e o reconhecimento de papéis de forma a dilatar a visão sobre o problema e, assim, propiciar a capacidade empática dos envolvidos. O Brasil teve como precursor desse método o magistrado Sami Storch, sendo aplicado na Comarca do município de Amargosa no ano de 2011 (CHIQUETTI, 2015).

Bert Hellinger uniu em seu método diversos tipos de psicoterapia, sendo singular e inovador, indo a fundo em múltiplos campos do saber, tais como: Programação de Neurolinguística (PNL), Gestalt Terapia, Terapia Primal, Análises Transacionais de Eric Berne, Dinâmicas de Grupos, Terapias familiares de Richard Bandler e John Grinder, Hipnose Eriksoniana, Psicograma de Jacobs Levi Morena, Eescultura Familiar de Virginia Satir e a “Terapia do Abraço” de Jirina Prekop. Assim é possível observar que Hellinger tem em sua técnica uma base psicológica sólida (LIPPMANN; OLDONIL, 2017).

A Constelação Familiar consiste em um trabalho terapêutico desenvolvido em um determinado espaço, aplicado a um grupo de pessoas ou de modo individual (AIRES; ROCHA, 2017), ela transmite a essencialidade imprescindível da aceitação, do reconhecimento e da assunção das consequências dos atos.

Bert Hellinger constatou que por amor, lealdade e fidelidade à família, quando algum ancestral deixa situações mal resolvidas pessoas de gerações seguintes trarão o sentimento e o comportamento, a ação para a resolução dessas situações, “entrelaçando-se” e permanecendo, assim, prisioneiros a fatos e eventos pelos quais não são responsáveis e dos quais sequer têm conhecimento. Esta é a herança afetiva, uma transmissão transgeracional de problemas familiares, que resulta na confecção de uma sequência de destinos trágicos (BRAGA, 2009).

Os fenômenos sociais, dado a sua complexidade, podem ter uma melhor compreensão na ótica sistêmica – conjunto de elementos unidos ou vinculados em prol de um interesse em comum ou de forças que o permeiam-, ou seja, cada indivíduo não pode ser visto isoladamente mas como um componente de um sistema, a qual cada membro do grupo

influencia os demais membros de seu sistema, dessa forma, melhor esclarecendo este, entende-se como um grupo de pessoas ligadas entre si por um destino comum e relações recíprocas (LIPPMANN;OLDONI, 2017).

Para melhor compreensão do tema incumbe estratificar a técnica de Bert Hellinger demonstrando suas bases. São as três leis ou ordens – rotuladas de "ordens do amor" – necessárias para que subsista a harmonia sistêmica: a Lei do pertencimento, a Lei da Precedência e a Lei do Equilíbrio. A primeira consubstancia-se que cada membro do grupo se mantém vinculado devido suas crenças, mantidas pelas normas e pelos vínculos, tendo igual direito de pertencimento ao grupo, de modo que quando algum membro do grupo é excluído, outro toma seu lugar de forma inconsciente, vindo a repetir seu padrão de comportamento, assim, caso algum membro venha ser excluído ou rejeitado – seja por comportamento homicida ou qualquer outro motivo – em alguma geração serão, com arrimo no pertencimento a consciência coletiva, representados por membros familiares.

A segunda consiste na Lei da Precedência a qual aquele que adentrou primeiro, a um sistema, tem a precedência e exerce direitos em cima daqueles que advieram depois, pois dentro do sistema existe uma hierarquia, uma ordem a ser respeitada, de forma que cada um possui seu lugar, crescendo este se estiver no seu, quando esta ordem é rompida implicará em desordem na sua própria vida e aos demais membros do sistema e somente haverá o restabelecimento do equilíbrio se cada um tomar o seu lugar.

No que tange a Lei do Equilíbrio trata-se do estar a serviço na trocas das relações mantendo o equilíbrio entre o "dar" e o "receber", tudo deve está equilibrado desde os aspectos patrimoniais – herança, heranças, dotes, etc. – até os aspectos sentimentais – favorecidos e desfavorecidos, injustiças e etc., também fazem parte da família aqueles que tomam o lugar dos que morreram e partiram, perpetua-se em nossa vida o desejo de retribuir, assim, toda alma deseja retribuir aquilo que lhe é ofertado e quando o faz é sempre uma dose a mais (LIPPMANN;OLDONI, 2017).

Cabe ainda destacar que os juízos morais são, no âmbito das constelações familiares, absolutamente desnecessários, não contribuem e são destrutivos (CHIQUETTI, 2015).

Como supracitado, Sami é o precursor desta técnica no Brasil, tendo cunhado inclusive a expressão "direito sistêmico", ao qual:

> Surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger (Lippmann; Oldoni, 2017, p. XXXX).

Acerca do pensamento sistêmico, Vasconcelos esclarece que constitui um paradigma e desafio a nova ciência, trazendo uma nova forma de pensar criticamente, uma vez que a partir da descoberta da razão a ciência evoluiu deixando um pouco da subjetividade humana de lado, este pensamento veio trazer de volta esse aspecto de forma a demonstrar a complexidade dos fenômenos sociais (BENEDITO; SANTOS, 2017).

É possível afirmar, destarte, que na ótica sistêmica os conflitos sociais, enquanto fenômenos complexos, podem alcançar uma melhor compreensão e abordagem, reconhecendo-se a complexidade, instabilidade e intersubjetividade do mundo e seus fenômenos (BENEDITO; SANTOS, 2017).

Desse modo trata-se, em suma, de um ramo inovador na área jurídica que percebe na família o estopim de dificuldades, bloqueios, padrões comportamentais que transladam sofrimentos desenvolvidos pelas pessoas no decurso da vida, e que vem sendo utilizado, de forma progressiva, nas Varas de Família como forma de solução de conflitos (BRAGA, 2009).

4.2. Constelação Familiar no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Bert Hellinger, há "dois tipos de decisões: as que levam para o mais e as que levam para o menos". Em um contexto jurídico as decisões que levam "para o menos" são aquelas que decidem a lide, com a aplicação pura e simples do direito, mas não põe fim ao conflito, as que levam "para o mais" são aquelas que deixam as partes conciliadas anteriormente, sendo que destas se ocupa o Direito Sistêmico, por meio da Constelação Familiar, dando instrumentos para que elas ocorram (ROSA, 2014).

Nessa seara, foi Sami Storch, juiz titular da 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da comarca de Itabuna (BA), pioneiro na aplicação dessa técnica no judiciário brasileiro, no ano de 2012. A aplicação tornou-se possível devido à resolução 125/100 do Conselho Nacional de Justiça que estimula a utilização de outros métodos consensuais de solução de conflitos, viabilizando a solução destes por meios mais apropriados a cada caso concreto, ademais, o próprio Código de Processo Civil dá especial relevância para tais métodos.

Nos termos dos parágrafos 2º e 3º do artigo 3, do CPC, afirma-se que o Estado promoverá a solução consensual de conflitos, sempre que possível, bem como incentivará a aplicação da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos, os quais deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Outrossim, a Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis, estimula a conciliação e a transação, que podem ser facilitadas pela aplicação destas duas abordagens.

Em virtude dessa relevância dada aos meios de autocomposição, é possível reconhecer que estes assumiram a condição de novos instrumentos de fomento à paz social, abandonando os resquícios de formalismos excessivos de códigos anteriores, exemplo disso é o artigo 694 do NCPC que dispõe sobre o auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para alcance do consenso na área de família.

De acordo com Storch, para que a aplicação da constelação familiar no judiciário seja efetiva é preciso, sobretudo, de seriedade e responsabilidade. É necessária a realização de cursos de capacitação voltada para os diversos profissionais da seara jurídica como os juízes, advogados e mediadores, com isso podem ser obtidos até 100% de acordos em conflitos familiares (SAMI, 2017).

Segundo Sami, com a aplicação da constelação, o índice de acordos na sua vara chegou ao expressivo número de 91%. Em âmbito nacional estima-se que ao menos 11 estados (Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá) e o Distrito Federal já são adeptos dessa técnica.
De acordo com o promotor de Justiça Elkio Uehara a prática sistêmica tem se difundido no Poder Judiciário brasileiro:

> O juiz de Direito Sami Storch [...] é reconhecido internacionalmente, não só pelo seu pioneirismo na utilização do método, mas também pelo índice de 100% em conciliações, nos processos judiciais da vara de família em que atua. Além do TJBA, outros tribunais como o de AL, DF, MT, MS, RS, já estão obtendo resultados expressivos, na resolução de conflitos. Inclusive, estão reestruturando seus Centros Judiciários de Resolução de Conflitos (Cejus) e capacitando seus desembargadores, juízes e servidores, por meio do Curso Direito Sistêmico, que já caminha para a sua segunda edição, no TJMT.

Atualmente, ela é aplicada principalmente em casos na área de Direito de Família, como: guarda, adoção, divórcio, inventário, abandono, violência doméstica, assim como em processos envolvendo menores infratores e até mesmo na área do Direito Empresarial e tem encontrado cada vez mais adeptos em diversos tribunais Brasil afora - prova de sua tamanha valia para o Judiciário atual - e essa demanda só tende a crescer.

É patente que a Constelação contribui não tão somente no desenvolvimento da Justiça como traz benefícios práticos na vivência familiar cotidiana, visto que auxilia na resolução efetiva dos conflitos. Um ambiente familiar mais harmonioso é corolário dessa prática,

que, consequentemente atua na redução dos conflitos na comunidade – beneficiando o corpo social e jurídico de forma geral.

Ao tratar tais conflitos sob um prisma sistêmico é possibilitado tanto às partes quanto aos auxiliares da Justiça uma visão holística do conflito em si. Essa abordagem multidisciplinar facilita a resolução de conflitos de forma mais efetiva corroborando, assim, para uma maior humanização da justiça.

Para que a máquina judiciária possa caminhar, é dever das partes, dos procuradores e demais auxiliares da justiça movimentá-la com responsabilidade coletiva, de forma a uniformizar os ganhos e garantir a real efetivação da justiça, pois "a sentença judicial pode até trazer um alívio momentâneo para os indivíduos, mas não traz a cura para seu sofrimento. Há um caminho a se seguir até a raiz do problema, e este caminho é por meio da utilização da Constelação Familiar".

Sendo assim, uma vez que se estabelece essa conciliação ela se não se perde, a busca de uma conciliação verdadeira nunca é demais, nunca é um desperdício de tempo. E, "arrisco dizer que, em última instância, este é o verdadeiro papel do Judiciário na sociedade" (ROSA, 2014).

4.3. Principiologia

A constelação familiar, sobretudo aplicada ao âmbito judiciário, fortalece o liame entre o princípio da efetividade e o processo. Em primeiro plano, uma das maiores contribuições dessa técnica é a uma maior efetividade de acordos em audiências mediação e conciliação, o que contribui para desafogar o judiciário.

Afinal, para que haja real instauração da justiça só o acesso à ela não é suficiente, o julgamento e a análise do mérito devem ser hábeis e suficientes a fim de produzir efeitos concretos na vida social. Quanto a isto, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008), prelecionam "restou claro que hoje interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que sua simples declaração pela sentença de mérito".

Deste modo, prossegue Dinamarco, "é, pois, preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de toda a sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado 'fonte perene de decepções' ". Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico, sendo assim, se faz necessário utilizar toda as ferramentas legais possíveis para o cumprimento justo e célere da demanda, é imprescindível modernizar o Judiciário, a fim de que o sistema tenha capacidade de atender melhor as demandas da sociedade e facilitar o trabalho dos magistrados e auxiliares da Justiça.

A inovação trazida por técnicas como a Constelação Familiar, pois, representa um verdadeiro progresso ao acesso à Justiça, reduzindo a lentidão dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões, é um verdadeiro caminho rumo a uma justiça mais acessível, ágil e efetiva.

Ademais, a Constelação é reflexo do princípio da dignidade de pessoa humana, posto que é instrumento de humanização da Justiça pois cria uma nova estrutura que oferece autonomia para que as pessoas decidam por elas mesmas, além de abrir espaço para que elas possam se expressar e ouvir.

Diante disso, é possível afirmar ser o Direito Sistêmico, por meio da Constelação Familiar, verdadeiro ideal a ser atingido nas Varas de Família, por meio dessa postura sistêmica evita-se as espirais de conflitualidade decorrentes de problemas mal resolvidos, corroborando assim, para a real efetivação da Justiça de forma perene e duradoura.

3. OBJETO DE ESTUDO

Tem-se como objeto de estudo a técnica alternativa de composição de conflitos, Constelação Familiar, em âmbito judiciário. Considera-se a efetivação de conciliações realmente verdadeiras e duradouras entre as partes envolvidas. De forma que, no decorrer das constelações, os participantes demonstram assimilar a tese tratada, um maior respeito em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar.

4. METODOLOGIA

A metodologia utilizada neste trabalho consistiu em pesquisa bibliográfica e artigos e sites especializados. Apesar de ser um tema novo na área jurídica há diversas publicações acerca dessa técnica e sua efetividade, sobretudo aplicada no âmbito jurídico.
Diversos juízes e auxiliares da Justiça se pronunciaram acerca da utilização da Constelação por meio de entrevistas e pesquisas ao qual serviram de base para o presente artigo. Ademais, utilizou-se de diversos artigos do Juiz Sami Storch, precursor da Constelação Familiar no Brasil, que ofereceram uma base sólida acerca da origem, ingresso e resultados iniciais da aplicação dessa técnica.

5. RESULTADOS

Descrevendo o formato básico com que introduziu as constelações no Judiciário no Brasil, o juiz Sami Storch atestou a necessidade de novos métodos de autocomposição, que permitam não apenas uma decisão judicial que estabeleça como deve ser a solução para cada conflito, mas que efetivamente traga paz para todos os envolvidos e lhes permita manter entre si uma relação harmoniosa, inclusive para tratar de forma amigável outras questões que poderiam surgir posteriormente entre as mesmas partes.

Preleciona Storch:

> (...) a tradicional forma de tratar os conflitos no Judiciário já não é vista como a mais eficiente, pois uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre gera inconformismo de uma das partes em muitos casos enseja a interposição de recursos e manobras processuais ou extraprocessuais que dificultam a execução, retardando assim a efetividade da prestação jurisdicional.

Destarte, uma sentença nem sempre encerra o caso, o conflito ainda continua e é questão de tempo para rediscutir a questão. Como consequência, a demanda tende a se prolongar, gerando altos custos ao Estado e insatisfações para ambos os envolvidos, perdendo, assim, o Judiciário sua credibilidade (STORCH, 2014).

Em quase todos os casos que foram sujeitos às sessões de Constelação, o resultado foi positivo e vem alcançando índices favoráveis de acordo. Na cidade de Castro Alves, localizada no Estado da Bahia, nordeste brasileiro, por exemplo, em 2012 e 2013, a técnica foi levada aos envolvidos em ações judiciais na Vara de Família. Nas audiências efetivamente realizadas com a presença de ambas as partes, o índice de acordos foi de 100% nos processos em que ambas participaram da vivência de constelações; 93% nos processos em que uma delas participou; e 80% nos demais. Nos casos em que ambas as partes participaram da vivência, 100% das audiências se efetivaram, todas com acordo; nos casos em que pelo menos uma das partes participou, 73% das audiências se efetivaram e 70% resultaram em acordo; nos casos em que nenhuma das partes participou, 61% das audiências se efetivaram e 48% resultaram em acordo (STORCH, 2014).

Outrossim, Magáli Gomes, Juíza da Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirante, ressalta que "[...] o que se busca é trazer para essas famílias uma oportunidade, que muitas vezes elas não têm em casa, de conversar, de ver e de olhar com novos olhos". Em sua Vara, a técnica foi aplicada em mais de 50 processos e os índices de acordos chegaram aos 86% quando ambas as partes participavam do acordo (MALDONADO; OLIVEIRA, 2017).

A aplicação da Constelação tem apresentado exponenciais resultado em diversos outros estados do país, em Goiânia (GO) o Projeto de Mediação Familiar, desenvolvido no 3º Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania, rendeu ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás o primeiro lugar na categoria Tribunal Estadual do V Prêmio Conciliar é Legal, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de acordo com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e de Solução de Conflitos do tribunal goiano, foram realizados 37,6 mil acordos durante a Semana Nacional da Conciliação, o que resultou na homologação de R$ 190 milhões em acordo. Do total de audiências realizadas, 86,77% resultaram em acertos. Somente no último dia dos atendimentos, o valor total arrecadado foi superior a R$ 122 milhões, com índice de 91,65% de acordos firmados.

Em Alagoas, todas as audiências conduzidas pelo Yulli Roter, no Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CJUS) obtiveram acordo. Destacou o magistrado:

> "A gente toca coisas profundas, as pessoas vivenciam uma emoção muito forte. É importante que nós, juízes, tenhamos uma visão mais humana porque o objetivo não é solucionar processos, mas solucionar conflitos entre as pessoas."

Na Vara de Infância e Juventude de Brasília, houve oito atendimentos com adolescentes em situação de acolhimento. Existiam constelados que estavam afastados da família e a partir das constelações conseguiram uma sensível melhora entre eles. Segundo Adhara Campos, "A constelação ajudou a amenizar o conflito deles com as famílias adotivas e, em outras situações, ajudou na reaproximação com os pais biológicos". Além disso, houve mudanças positivas no tratamento dos jovens com suas "cuidadoras" (MALDONADO; OLIVEIRA, 2017).

A técnica também está sendo introduzida no Rio Grande do Norte, as audiências de conciliação da 6ª Vara da Família, no Fórum Miguel Seabra, em Natal, utilizam desde abril de 2015. A dinâmica é realizada sempre nas segundas-feiras e une o Direito à Psicologia, promovendo resultados mais humanizados auxiliando a visão das partes sobre o problema.

Em entrevista ao Correio Braziliense, Storch evidenciou a eficácia das constelações em casos na área criminal, sobretudo no tocante à reincidência "pode auxiliar o agressor a cumprir a pena de forma mais tranquila e com mais aceitação, aliviar a dor da vítima" (RODRIGUES, 2017).

Com isso, através de análises de casos concretos, é notável os resultados positivos em que foi usada a técnica de Constelação, proporcionando um tratamento mais adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, mormente nas Varas de Família.

6. CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos nota-se que é essencial a presença de um Poder Judiciário mais adaptado às demandas sociais atuais, alinhado à abordagem sistêmica, para a organização de uma sociedade mais justa e democrática, assegurando, dessa forma, a ordem social.

Observando o acúmulo de demandas judiciais e a lentidão da tramitação processual, o presente trabalho, buscou enfatizar a técnica de Constelação Familiar, como meio de assegurar o processo célere e efetivo. Essa técnica tem provado ser um instrumento capaz de produzir consideráveis melhorias nas sessões de conciliação e mediação, abrindo espaço para uma Justiça mais humana e eficiente na pacificação dos conflitos.
Por meio disso, visa o fomento à autocomposição em fase processual preliminar com intuito conciliatório, objetivando as vantagens da realização de um acordo e imediata pacificação do conflito.

Efetivamente, por meio dos resultados é possível constatar as benesses da aplicação dessa técnica, ao qual que promove, com louvor, uma evolução na compreensão dos fenômenos jurídicos em diversas áreas e na prática da resolução de conflitos.

A Constelação Familiar evidencia a importância da participação da subjetividade no comportamento judicial, contribuindo para o aperfeiçoamento da Justiça e também auxiliando a harmonização dos relacionamentos nas famílias, com isso, a justiça é sentida de forma equilibrada.

Posto que o conflito faz parte da natureza humana, sendo inevitável, cabe, portanto, ao Judiciário o poder de resolvê-lo, não podendo abster-se de um processo efetivo justo, que busque não simplesmente resolver o caso aplicando o direito friamente mas que se proponha a transformar as relações, suprindo as reais necessidades advindas do litígio, prezando-se composições verdadeiras e duradouras.

Tal inovação é essencial, sobretudo, nas Varas de Família Brasil afora, posto que incentiva o reestabelecimento do diálogo, harmonia e paz nas relações interpessoais – incentivos tão fundamentais no meio familiar, base e alicerce da sociedade, que requer uma atenção especial por parte do Estado.

É verdadeira técnica de promoção da função social da família no contexto das ações de família, sendo um instrumento de efetividade processual e principalmente de acesso à Justiça. Ademais, essa abordagem propõe uma mudança de paradigma, retirando o

conflito de seu pedestal abstrato e passando a encará-lo como um vetor de danos e violação de pessoas e relacionamentos.

Posto isso, infere-se que o pensamento sistêmico está mais congruente com a forma de ver a vida: como sistema. Há de se analisar o indivíduo de forma holística quando da instauração do conflito, enxergando-o além das leis sociais criadas pelo homem organizado. O Judiciário e o Estado precisam estar alinhados com essa abordagem, de forma a avançar rumo às mudanças de paradigmas que beneficiam o corpo social.

REFERÊNCIAS:

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

Agência CNJ de notícias. **TJ de Goiás é premiado por mediação baseada na técnica de Constelação Familiar**. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2015/06/24/tj-de-goias-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar/. Acesso em: 02 de junho de 2018.

BRAGA, Ana Lúcia de Abreu. **Psicopedagogia e constelação familiar sistêmica: um estudo de caso. Disponível em** <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862009000200012>Acesso em: 26 de Maio de 2018

CHIQUETTI, Taciana; CRUZ, Carlos Henrique Sousa da. **AS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS FAMILIARES NA JUSTIÇA DO RN: uma interface entre a Psicologia e o Direito.** Disponível em <http://artpsi.com.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo-constelac%CC%A7o%CC%83es-na-justica-do-rn-FINAL-artpsi.pdf> Acesso em: 21 de Maio de 2018

Justiça de Alagoas aplica técnica de constelação familiar. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pjenoticias/judiciario/81831-justica-alagoana-aplica-tecnica-da-constelacao-familiar-em-audiencias> Acesso em 02 de junho de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília: CNJ, 2016.

LIPPMAN, Márcia Sarubbi; OLDONI, Fabiano. **Direito Penal Sistêmico – a aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito Penal.** Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-sistemico-a-aplicacao-das-leis-sistemicas-de-bert-hellinger-ao-direito-penal-1508161307> Acesso em 31 de Maio de 2018

MALDONADO, Gabriela Ribeiro Mendonça; OLIVEIRA, Luiz Tadeu Martins de. **Aplicação da Constelação Familiar no Judiciário.** Disponível em < https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2004> Acesso em 17 de maio de 2018

MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. Código de processo civil **comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 97.

Portal do Judiciário – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Métodos de Solução de Conflitos é usado em Vara de Família em Natal**. Disponível em <http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/9398-metodo-de-solucao-de-conflitos-familiares-e-utilizado-na-6-de-familia-de-natal> Acesso em 02 de junho de 2018.

Promotoria de Justiça de Itajubá - MPMG. **Abordagem sistêmica como recurso para atuação proativa e resolutiva do Ministério Público é tema de Seminário em itajubá**. Disponível em: <http://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/abordagem-sistemica-como-recurso-para-a-atuacao-proativa-eresolutiva- do-ministerio-publico-e-tema-de-seminario-em-itajuba.htm#.V83VnbQrd-y> Acesso em 30 maio 2018.

RODRIGUES, Mithiele Tatiana. O direito através da visão sistêmica: uma abordagem da essência do ser através da análise de casos com aplicação da constelação jurídica sistêmica. **Actio Revista de Estudos Jurídicos.** Maringá-PR, 2017. Disponível em <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/84/85> Acesso em 28 de maio de 2018.

ROSA, Amilton Plácida da. **Direito Sistêmico: A Justiça Curativa, de Soluções Profundas e Duradouras**. Revista MPE Especial, Mato Grosso do Sul, ed.11, 2014.

ROSA, Amilton Plácido. **Direito Sistêmico e Constelação Familiar**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistemico-e-constelacao-familiar/16914>. Acesso em 20 maio 2018.

SANTOS, Bartira Macedo Miranda, SANTIN, Janaína Rigo. **Formas consensuais de solução de conflitos II.** Florianópolis: CONPENDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/9t4jv9kd/oFvA19t8oY61cx36.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2018.

SOUZA, Charmenia Alves. **Monosidade da Justiça: o que fazer para dinamizar a tramitação dos processos judiciais?** Disponível em <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/16369/1/PDF%20-%20Charmenia%20Alves%20de%20Souza.pdf> Acesso em 30 de maio de 2018.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: A Resolução de Conflitos por meio da Abordagem Sistêmica Fenomenológica das Constelações Familiares**. Disponível em

<https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/> Acesso em 28 de maio de 2018.

STORCH, Sami. **Juiz explica constelações familiares na Capital**. O Progresso. Dispoível em <http://www.progresso.com.br/dia-a-dia/juiz-explica-constelacoes-familiares-nacapital#.V7yoUpb9els.facebook> Acesso em 30 de maio de 2018.

FUNDAMENTOS RESTAURATIVOS E PRINCÍPIOS SISTÊMICOS NA PROMOÇÃO DA CULTURA DE PAZ

Dulcineia das Neves Cerqueira[1]

RESUMO: Trata de proposta para a aplicação de metodologia utilizando os fundamentos da justiça restaurativa bem como os princípios da teoria sistêmica (novo ramo dos Direitos) para dirimir conflitos envolvendo os direitos individuais de cunho patrimonial ou pessoal, privado ou social e tendo como finalidade primordial, estabelecer a cultura da paz e promover a aplicação do direito preventivo, interdependente e paralelo ao poder judiciário.

Palavras-chave: Fundamentos Restaurativos – Princípios Sistêmicos – Cultura da Paz.

"Um olhar ao longe... um horizonte almejado
Um olhar prostrado ... uma perda chorada
Um olhar fechado .... um interior amado
Um olhar ao outro ... uma comunhão com o universo
Pelo gesto, um olhar percebe, acolhe,
acalenta e difunde os sentimentos e assim,
encontra a paz e equilíbrio em ser e pertencer."

Dulcineia das Neves Cerqueira

[1] Procuradora do Município de Cascavel. Advogada do Centro de Referência Especializado no Município de Cascavel. Terapeuta Sistêmica. Presidente da Associação Municipal dos Advogados de Cascavel. Graduada em Ciências Biológicas e Direito. Pós-Graduada em Inteligência Espiritual. Especialista em Cultura da Vida. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Formação na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Doutoranda em Direito Civil pela UBA – Universidade Federal de Buenos Aires – Argentina. Membro do Núcleo Comunitário de Justiça Restaurativa de Cascavel/PR. E-mail: 6dulci@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O atual contexto sócio-político reconhece que a aplicação das normas vigentes desvinculadas entre si é frágil para atender a finalidade principal do Estado de Direito, qual seja, o bem comum conforme concepção difundida por Aristóteles, em sua obra Ética a Nicodemos:

> *"Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vistas em outra (porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejar), evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem."*

Aristóteles influenciou inúmeras correntes de pensadores e aplicadores do direito, traçando uma linha mestra a conduzir a intenção e a elaboração das leis.

Assim, perpassamos por inúmeras percepções da aplicação da justiça, incluindo o Código de Hamurabi, o decálogo, a teoria da justiça punitiva bem como a retributiva e, nas últimas décadas, a justiça restaurativa tem encontrado aplicação nos mais variados veios do direito e das ciências sociais.

Neste sentido, para "restaurar" faz-se necessário estabelecer os pontos de convergência e os pontos de divergência.

E para isso, a teoria geral dos sistemas apresenta grande contribuição.

Notemos que a justiça restaurativa bem como a teoria geral dos sistemas é independente e remontam de origens distintas, mas quando utilizadas em conjunto, o êxito da proposta de promoção da paz atinge picos mais altos.

2. A INSERÇÃO DE PRÁTICAS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL E MEDIAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Há muitos anos que a aplicação de mediação no Brasil encontrara amparo na Constituição Federal de 1988, na reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 e maior respaldo alcançou com a Lei Federal 9.099/1995 que possibilitou a aplicação em diversas áreas do Direito.

Através do artigo 98, inciso I da Constituição Federal/88, tornou-se aplicável a conciliação e transação em causas cíveis de menor complexidade bem como, nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo, *in verbis:*

> *Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:*
> *I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial*

ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;
Por consequência, a Lei Federal 9.099/1995 ao priorizar os princípios da celeridade e informalidade processual em seus procedimentos judiciais, possibilitou a aplicação da justiça restaurativa através dos institutos da composição civil, transação e suspensão condicional do processo, como se observa nos artigos 70 a 74 da referida Lei:

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.
Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

E, o Estatuto da Criança e do Adolescente, permite a inclusão da metodologia restaurativa através do artigo 126, nestes termos:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Por sua vez, a Lei n. 11.340/2006 que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, conhecida como a Lei Maria da Penha, enseja subliminarmente, que a justiça restaurativa seja aplicada ao prever a atuação de equipe multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde para fornecer subsídios ao poder judiciário bem como

desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas declinadas ao atendimento da vítima, do agressor e seus familiares, conforme consta no artigo 29 e 30 desta lei[1].

Na última década, esse mecanismo para dirimir conflitos, adquiriu maior destaque através da Resolução n.125/10 do CNJ que trata da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no Poder Judiciário, considerando que a "*conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças" (sic Resolução 125/10 CNJ).*

Pela Lei 13.140/2015 a conciliação e mediação entre particulares foram recepcionadas como meio de solução de controvérsias pela autocomposição de conflitos na diversa esfera do direito (público, privado, real ou pessoal) no âmbito da administração pública, através de mediação judicial ou extrajudicial.

Concomitantemente pelas inovações no Código de Processo Civil reflete a tendência de utilizar a justiça restaurativa ao apresentar dispositivos que estimulem acordos, inclusive isentando custas judiciais com o intuito de que a solução consensual seja efetiva e favoreça a pacificação social, trazidas pela a Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015, que inclusive, estabeleceu benefícios práticos para as partes, como se vê:

> *Art. 88. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.*
>
> *Art. 89. Nos juízos divisórios, não havendo litígio, os interessados pagarão as despesas proporcionalmente a seus quinhões.*
>
> *Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.*
> *§ 1o Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu.*
> *§ 2o Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente.*
> *§ 3o Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.*
> *§ 4o Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.*

Passemos a atenção a dois programas que estão sendo amplamente utilizados e comprovadamente, trouxeram a elevação do índice de acordos judiciais e redução do uso da máquina judiciária para resolução das pretensões dos envolvidos.

3. A PROMOÇÃO DA EQUIDADE PELA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A consciência coletiva atual impulsiona para uma nova leitura e adequação da legislação para atender a finalidade para qual existe: o bem comum.

Assim, operadores do direito abarcaram o conhecimento de pesquisadores para identificar os motivos de ineficácia de uma sentença. Constataram que a concepção tradicional da justiça criminal, a justiça punitiva-retributiva não tem o condão de restabelecer a paz individual e social. E deu-se vasão a uma nova percepção: a Justiça Restaurativa.

A aplicação da justiça restaurativa está em progresso, em formação, em construção e, portanto, desenvolvendo uma conceituação própria.

Assim, a aplicação metodológica trouxe dos povos indígenas norte-americanos e canadenses a estruturação circular que foi desenvolvida e adaptada por Ted Wachtel do *International Institute for Restorative Pratices*, Horward Zehr, Belinda Hopkins nos denominados círculos restaurativos e círculos de construção da paz.

E para o fluxo do diálogo entre os participantes, contribui para a elaboração da metodologia da justiça restaurativa, as técnicas de comunicação não violenta de Marshal Rosenberg.

Assim, a metodologia de aplicação da justiça restaurativa é difundida por distintos autores, dos quais destacam as reuniões restaurativas, círculos restaurativos, reunião de grupo familiar, círculos de construção de paz, cuja finalidade seja alcançar a restauração das relações fragilizadas por um ato compreendido como violação ao direito.

Conforme dispõe Zehr (2010), será justiça restaurativa quando estiverem presentes os três dimensões fundamentais: a) aplicação dos valores, objetivos e princípios restaurativos em outras dinâmicas que almejem a restauração dos vínculos através da conscientização, b) responsabilização individual, cooperação coletiva; c) comprometimento de um com os demais envolvidos.

E, como princípios ou ações-chaves, Zehr (2010) estabelece:

> *"1. Focar os danos e consequentes necessidades da vítima, e também da comunidade e do ofensor;*
> *2. Tratar das obrigações que resultam daqueles danos (as obrigações dos ofensores, bem como da comunidade e da sociedade);*
> *3. Utilizar processos inclusivos, cooperativos;*
> *4. Envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade;*
> *5. Corrigir os males."*

Assim, todo ato restaurativo será caracterizado por apresentar: instrumento de inclusão; reflexão; reparação do dano; processo de empoderamento das

partes; escuta ativa e empática; desenvolvimento do diálogo; comunicação não-violenta; resiliência; respeito; autorresponsabilização.

Nesse sentido, o escopo principal não será a culpa e o culpado, mas a reparação do dano causado.

Assim, os mecanismos de abordagem utilizados pretende a reconstrução de vínculos rompidos, relações enfraquecidas primando pela manutenção da coesão social, com o despertar do sentimento de comunidade que promovam a dignidade do individuo perante o contexto de seu convívio social, nos termos que extraímos do relatório do Secretário Geral sobre Justiça Restaurativa e em relatório do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa, em encontro ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001, alguns dos elementos dos Círculos Restaurativos foram conceituados nestes termos:

> *3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor;*
> *4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos o u membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo;*
> *5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.*

O objetivo principal é a construção de um acordo entre a vítima, o ofensor e membros da comunidade afetados e que tenha como finalidade, a reparação dos danos sofridos, que podem ser de ordem patrimonial ou emocional. Torna-se relevante que os termos propostos para a reparação contemplem as necessidades e possibilidades dos participantes de modo que seja perceptível a restauração dos laços intersubjetivos fragilizados, o resgate ao respeito mútuo e o crescimento pessoal através da responsabilização reconhecida individualmente.

Geralmente, dispõem-se os participantes em círculo onde todos estão nivelados e frente-a-frente. Isso promove a interação e aumenta a possibilidade de uma comunicação espontânea e sincera. São os chamados círculos restaurativos.

Costello e Wachtel (2012) destaca que para obtermos um acordo eficiente, é necessário que estejam presentes três componente, ao que ele denomina de "processo justo", a saber:

> *1) Engajamento* — envolver indivíduos em decisões que os afetam ao escutarem seus pontos de vista e genuinamente levar em conta suas opiniões;
> *2) Explicação* — explicar o raciocínio por trás de uma decisão a todos os envolvidos ou afetados por ela;

3) *Clareza de expectativas* — assegurar que todos entendam claramente uma decisão e o que é esperado deles no futuro

Através do uso frequente da justiça restaurativa, observamos que a comunidade se torna participativa, cooperativa, engajada na reconstrução dos vínculos enfraquecidos e como consequência tem a promoção da cultura da paz e harmonia.

Com similar eficácia, a Lei 13.140/2015, prevê a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, recepciona o instituto da Justiça Restaurativa como metodologia de mediação, inclusive quando o ente público figurar como parte no litígio através de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, implantadas nos respectivos órgãos da Advocacia Pública.

4. PRINCÍPIOS SISTÊMICOS, UM NOVO OLHAR SOBRE O DIREITO.

Outra modalidade em destaque e inclusive, que está originando um novo ramo, qual seja, o Direito Sistêmico, é a teoria sistêmica aplicada na resolução de conflitos processuais sopesando todos os dados circunstanciais externos ao processo que interagem na manifestação volitiva das partes.

No pressuposto de que as escolhas assim como eventos aparentemente acidentais são decorrentes da conjugação de diversos fatores, inclusive alheios, inconscientes e invisíveis podemos constatar que a direito positivo fica aquém dos conflitos jurídicos, permeando as normas do direito naturalista e nesse âmbito, por almejar a paz do estado enquanto sujeito de direito que tutela o bem comum, permitir que o resgate de conceitos, fundamentos e princípios que contribuem para a compreensão do homem.

Os relacionamentos humanos estão subjugados não apenas por leis positivadas ou consuetudinárias, mas movidas por crenças, valores morais, enfrentamentos psicológicos, patologias e como visto pelos novos conceitos, por uma complexidade maior de fatores que se possa perceber.

Nesse sentido, o litígio judicial pode ser uma manifestação para se observar um conflito pessoal inconsciente, invisível e incauto na ancestralidade genealógica. E, pelo maior zelo que os magistrados e operadores do direito dediquem ao fato jurídico, a resolução apresentada na decisão judicial poderá não apresentar a solução para os litigantes, gerando a reincidência ou irresignação das partes. Fato esse comumente observado nos nas postulações do direito de família, incluindo, portanto, conflitos envolvendo crianças e adolescentes. Isso não significa que tal percepção não se faça presente em direitos reais e na esfera penal.

Sami Storch, Juiz de Direito no estado da Bahia, registrou a aplicação das técnicas de constelação sistêmica nos processos de sua jurisdição e comprovou o êxito em proferir sentenças homologatórias da autocomposição. Ressalta ele, que as partes

poderiam ter alívio ao receber a sentença tradicional, mas passavam a conviver com a sombra do conflito ou incitavam novamente o poder judiciário.

Através da Psicologia Forense já restou comprovado que uma simples constituição processual provoca alteração significativa no aspecto psicológico de uma pessoa. Seja pelo conceito de que se utiliza a máquina judiciária quando se sente ferido por um direito violado, seja pelo constrangimento de ter sua presunção de direito exposta perante estranhos que atraem para si, o direito de analisar, julgar e decidir sem compreensão da afetividade e humanidade que está atrás dos procedimentos judiciais.

Constata ainda, que apesar do primoroso labor processualista, a sociedade sente-se desprotegida, insegura e temerosa de buscar a tutela jurisdicional. Nessa trama é que os fundamentos da justiça restaurativa bem como os princípios da constelação sistêmica trazem um novo olhar, uma nova expectativa e retomando, a concepção da justiça enquanto um valor almejado que proporcione a pacificação entre as partes e não mais, a aplicação do julgamento de pessoas alheias ao conflito.

Sami Storch propõe este método sistêmico-fenomenológico para dirimir conflitos atuando na origem do problema e assim, obter a conciliação e resolutividade definitiva que se torna perceptível pela paz que ecoa entre as partes apos a finalização do processo.

A fonte dessas técnicas emerge dos princípios, segundo Hellinger, são imanentes da natureza, existem e nos promovem a existência ao passo que a fonte das técnicas da Justiça Restaurativa perpassa pela releitura da concepção do que seja “crime” e oque seja “justiça” defendido por Albert Eglash, de modo que ambas convergem ao creditar que tais linhas basilares são os princípios indispensáveis para reestruturar a sociedade em harmonia e paz.

Assim como os fundamentos da Justiça Restaurativa, a constelação sistêmica é aplicável ao direito difuso e direito coletivo considerando para tanto, que os conflitos do individuo estão registrados no campo morfogenético familiar bem como da pátria e da humanidade. Isso justifica as "coincidências" de indivíduos que nem ao menos se conhecerem, estarem envolvidos no mesmo evento catastrófico, mas que assim ocorreu por partilharem do mesmo inconsciente coletivo.

5. TEORIA DA CONSTELAÇÃO SISTEMICA

Muitos estudiosos ainda pesquisam e outros suscitam explicações nos meandros da psicanalise de Freud, ou nos fundamentos da psicologia analítica de Jung que e desenvolveu os conceitos de personalidade extrovertida e introvertida, arquétipo e inconsciente coletivo. Em sua essência, o homem necessita de manter-se íntegro, aceito e incluído pelos seus semelhantes. Mas, com o afloramento da competição, da luta pelo poder, da sobreposição da ambição sobre a lei natural de sobrevivência, o homem atraiu para si e seus semelhantes à ruptura e desestabilização através das guerras, contendas e ações maculadas por atos violentos desprovidos de uma finalidade nobre e superior. Por isso, os descendentes, inconscientemente vibram nessa sintonia e sentem o vazio interior

sem compreender como encontrar a satisfação. Essa saciedade da alma encontra refrigério ao permitir-se conduzir pelos três Princípios da Ordem do Amor: hierarquia, equilíbrio entre dar e tomar e pertencimento.

Assim, somente o amor revelado, experimentado e compartilhado pode curar, organizar e liberar o homem para cumprir o seu destino.

Esse amor se manifesta na hierarquia, quando há reconhecimento e respeito pelo lugar de precedência (e não de importância) que cada individuo ocupa no sistema. A altivez e o orgulho desenfreado pela ocupação hierárquica desequilibra o sistema, assim como a humilhação e o descaso.

A segunda ordem do amor é a necessidade de equilíbrio entre o dar e o receber, cuja ação faz o amor crescer. Essa via é equilibrada pela gratidão e reciprocidade. Tanto ao doar como ao receber, se reveste de uma postura de profunda gratidão que lhe impulsiona a retribuir. Quando ocorre a ruptura e desencadeiam-se os sintomas desse desequilíbrio. São muitas as dinâmicas aqui inseridas. Citemos os relacionamentos corroídos quando o dar e receber estão fundamentados em outros sentimentos distintos do amor puro ou ainda motivados pelas sombras interiores. Assim, aquele que doa, poderá sentir-se sempre em credito e aquele que ao receber, se ressente (amor próprio ferido) torna-se ingrato e, dessa forma, pode não retribuir com predisposição espiritual mesmo que venha a entregar algo de igual valor ou significado.

E assim, o que é invisível aos olhos, ocupa espaço no mais profundo da alma. Quanto maior a emoção, maior será o registro e seus efeitos no sistema familiar.

Hellinger destaca que essa lei somente se mante em equilíbrio entre pais e filhos, onde o pai é o doador e o filho assume posição de receptor. No entanto divergimos desse pensamento, pois ao receber de seus pais, os filhos retribuem com amor, respeito, carinho e zelo quando assumem condição de independência e os pais se apresentam mais frágeis.

O importante é que só poderá dar e receber de forma equilibrada na vida quem pôde receber e soube tomar o que os pais deram.

Interessante que esse equilíbrio entre o dar e receber também se aplica quando se recebe algo de ruim. Nesse caso, a Paz e o Equilíbrio somente são restabelecidos para si e todo o sistema, quando devolve o que lhe foi feito. Nesse caso, tendo cautela para não exceder nas medidas para que não enseje novo desequilíbrio. Considera-se ainda que, tal retomar, pode ser paulatinamente, citemos a reparação entre casais.

A terceira ordem do amor, não menos importante, Bert Hellinger chama de pertinência ou pertencimento. É uma ordem maravilhosa, pela qual todos que fazem parte da família têm o direito de pertencer: familiares que morreram precocemente, os filhos abortados, os natimortos, portadores de deficiência, aqueles considerados maldosos e mesmo aqueles que por motivo ou outro, seja vergonha, indignação ou ruptura de vínculo da natureza que for e a família não deseja olhar. Às vezes, a família

age dessa forma não por maldade, mas por desejar que as pessoas sejam esquecidas porque se lembrar delas traz algum tipo de sofrimento. Entretanto essa postura atrai mais sofrimento porque enquanto não são lembradas e reconhecidas, o sistema não pode ter paz, pois o próprio sistema tentará restabelecer a integridade perdida e compensar a injustiça cometida. E assim, em uma geração futura, alguém da família irá seguir o destino do excluído e deixará de cumprir o seu próprio destino.

Podemos concluir que a Ordem do Pertencimento está intrinsicamente ligado à lealdade geracional ou fidelidade familiar que fica registrado como se para pertencer, precisa honrar o mesmo destino de sofrimento e ainda, que a maneira do excluído ser lembrado, é através de um familiar que revive, inconscientemente, sua dor.

Dessa forma, mortes trágicas e prematuras despertam forte sentimento de culpa dentro do sistema familiar. Essa dor intensa pode se propagar a muitos membros da família, e se manifesta no sentimento de culpa em aceitar a vida e acabam seguindo os antepassados na negatividade da vida e da abundância, passando por doenças, fracassos e toda diversidade de sofrimentos.

Para isso, a terapia sistêmica indica que a reordenação acontece com a reinclusão, com um olhar de profunda gratidão para o antepassado e sincera reverência ao destino.

A ordem será restabelecida e dissipará no sistema, a premente necessidade de representar o familiar que foi excluído.

O resultado será observado na força, na sensação de inteireza e a permissão de seguir cada um, o seu próprio destino, aceitando a vida que lhe foi passada e contribuindo para a construção da paz de todos no sistema.

6. A ORIGEM DO DIREITO SISTEMICO

Sami Storch inseriu nas audiências de conciliação em tramite na vara de família, as "frases sistêmicas" a fim de permitir que as partes tomassem percepção do que está além daquele litígio, identificando a real essência do conflito e com isso, teria um clima mais ameno entre as partes, reconhecendo suas histórias e a trajetória em comum, percebendo a beleza do início, as superações no decurso da relação e, os desencantos e frustrações que culminaram no indesejado fim. Sami fez uso dessa técnica para despertar nos pais a compreensão de como a contenda entre o casal teria forte influência em seus filhos assim, promovia uma retrospectiva do momento da concepção, do amor mutuo, da dedicação na educação e n...

Para creditar a aplicação de dinâmicas sistêmicas, em 2012 o juiz Sami Storch apresentou no Tribunal da Bahia uma vivencia com o tema “Separação de casais, filhos e o vínculo que nunca se desfaz”. Em decorrência, realizou outros seis encontros na Vara de Família da Comarca de Castro Alves/BA no qual destacava como pontos fundamentais: a) a natureza dos vínculos sistêmicos familiares; b) as razoes das crises nas relações familiares; c) soluções para superar o trauma pelos envolvidos, inclusive os filhos.

Em segunda etapa, Dr. Sami realizava dinâmicas com meditações para trazer ao nível da consciência, que independemente da resolutividade, o sentimento de amor se estenderá entre as gerações. Ou seja, a ruptura conjugal e a retomada da vida em outra constituição familiar não interrompe esse "amor maior" de inclusão, pertencimento e ordem, que, sendo bem cultivado, confere permissão para que os membros em conflito (os pais em separação e os filhos) possam tomar seus destinos e encontrarem a paz e felicidade.

Depois dessas etapas preparatórias, Dr. Sami passaria a incluir os envolvidos nas técnicas de constelações propriamente ditas, seja na qualidade de participante ou de ouvintes. Pois, em uma constelação sistêmica, a cura do constelado reflete na cura dos participantes e dos observadores, confirmando que a “minha cura é a sua cura” como um movimento de humildade e solidariedade humana.

Importe ressaltar que no decorrer das dinâmicas poderá identificar as raízes das crises e conflitos na história de vida dos integrantes da família atual ou originadas em gerações anteriores, bem como em crenças consideradas limitantes. Também, os fatos sociais e históricos, podem ocasionar os desajustes familiares, como as guerras, catástrofes, epidemias, costumes de determinada origem ou época.

Em conclusão da experiência realizada com 90 audiências, os conciliadores constataram que naquelas onde ambas ou uma das partes participaram das etapas preliminares promovidas pelo Dr. Sami, lograva-se maior índice de reconciliação (91%) ou ainda, acordos (100%) com resolução mais assertiva, tendo considerável diminuição dos reflexos negativos de processos que tramitaram no formato tradicional (73% de conciliação), em que as partes não participaram das vivencias.

Outra informação importante extraída dessa experiência refere-se ao comportamento dos envolvidos após o decurso do processo.

De 80 pessoas que foram questionadas sobre a tranquilidade no contato, a diminuição da mágoa, a assertividade no diálogo, o respeito e compreensão bem como a percepção do outro, constataram que 71% afirmaram que o relacionamento entre as partes foi favorecido. Sendo que 59% declararam que o comportamento da outra parte mudou para melhor, e desses, 28,9% constaram mudança significativa ou ótima. O mesmo índice de 59% desses 80 entrevistados, afirmaram que as palestras favoreceram a conciliação ou o acordo. Já 77%, constaram o benefício das palestras no diálogo sobre a guarda e administração da pensão dos filhos. Quanto ao convívio os filhos, 94% constatou que melhorou em relação ao pai e mãe e 76,8% que melhorou em relação do filho com o outro que não detém a guarda.

4. CONCLUSÃO

Os princípios restaurativos e os princípios sistêmicos que estão solidificando o Direito Sistêmico estão sendo difundidos como uma nova concepção para aplicação da justiça para dirimir conflitos, apaziguar os contendentes e promover a paz.

Na essência, os princípios restaurativos propõem a humanização da concepção tradicional da justiça criminal e da justiça punitiva-retributiva, apresentando a possibilidade de restaurar os danos causados a vítima, à sociedade, ao ofensor e nas relações interpessoais suscitadas por ocasião da consumação do crime não apenas no âmbito material ou de cumprimento da lei, mas promovendo atenção especial ao sentimento dos envolvidos, a compreensão e responsabilização da conduta.

E, os princípios sistêmicos propiciam um olhar amplo e aglutinador dos aspectos internos e externos que envolvem a situação de conflito para favorecer uma compreensão da extensão dos danos promovido pelo agente e suportados pela vítima, sua motivação e a possibilidade de solução pacífica.

Os princípios restaurativos originaram-se da análise sobre pesquisas que demonstraram que embora o sistema prisional tenha a finalidade de recuperar o agressor e reinseri-lo na sociedade sem apresentar periculosidade, o índice não ultrapassa a 20% de sucesso, uma vez que o foco principal é caracterizar a autoria do crime e impor a correspondente penalidade.

Nota-se que a teoria da justiça punitiva-retributiva tem limitações em promover a restauração do agressor bem como, em aliviar os desdobramentos psicoemocionais suportados pela vítima tanto quanto pelo próprio agressor. Assim, a tendência da violência proliferar é mais evidente seja pela estigmatização impingida ao agressor, seja pelo sentimento de injustiça não elaborado pela vítima.

Destaca-se que as situações de conflitos, em considerável percentual de casos, se tornam recorrentes, com aumento do contingente, sobrecarga do poder judiciário, a insatisfação pessoal e desequilíbrio da estrutura social. Ou seja, a realidade outrora perscrutada por Albert Eglash[2] ao dedicar-se em identificar as causas da reincidência de detentos, se faz presente em outras esferas da sociedade onde ocorre a dificuldade de elaborar e solucionar a origem do conflito. Portanto, o uso dos princípios restaurativos poderá apresentar melhores resultados se aplicada em caráter preventivo.

Com a intenção de minimizar os efeitos provocados pelo conflito, os princípios restaurativos aliados à teoria geral dos sistemas corroboram para uma nova proposta em que a integração psíquica e social, tanto da vitima como do ofensor, possa promover a harmonia e o crescimento dos envolvidos capacitando-os para conviver sem gerar novos atos de violência.

Assim, tais recursos quando aplicados em situações que abrangem conflito de interesses individuais no âmbito da família, ou mesmo, em litígios de natureza

[2] A ideia de restauração (*creative restitution*), base da justiça restaurativa, foi formulada por Albert Eglash, tendo sido consolidada em seu artigo *"Beyond Restitution: Creative Restitution"*
Albert Eglash, que atuava com detentos identificou como o comportamento delitivo era prejudicial para as vítimas e desenvolveu técnicas para reparar os danos causados. Em 1975, apresentou seu estudo no I Simpósio Internacional sobre Restituição, realizado em Minnesota/EUA, que foi compilado no livro Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions, publicado em 1977 e editado por Joe Hudson e Burt Galaway

patrimonial, estarão seguindo a tendência atual de humanizar, valorizar e resgatar a pessoa e seus familiares no intuito de oferecer um direcionamento produtivo e consciente para alcançar a almejada harmonia social em detrimento da violência social.

Nosso sistema normativo está amparado nos princípios da justiça retributiva, na qual a lesão ao direito ocorre em violação da lei formal e por consequência, restringe-se a imputar ao ofensor uma pena, em regra, de cunho restritivo de direitos com a suposição que assim, estará promovendo o reequilíbrio rompido.

Contudo, em decorrência dos índices apurados de que tal medida retributiva carece de promover a reparação do dano bem como, a recuperação do ofensor e menos ainda, a satisfação na vítima, o enfoque restaurativo tem alçado novos limites no horizonte jurídico.

Na perspectiva da justiça restaurativa, a lesão ao direito adquire status de ruptura das relações das partes envolvidas. E, o enfoque principal desvia-se da punição e atém-se a elaboração dos danos e eleição de uma solução efetiva e eficaz tanto para reconduzir o ofensor no senso da justiça quanto reconduzir a vítima no seu estado anterior à situação de conflito.

A metodologia restaurativa torna-se menos julgadora e mais assertiva, menos formalista e mais atuante; menos ordenatória e mais mediadora.

E, os dados estatísticos têm colaborado para a expansão e adesão desta nova perspectiva de senso de justiça social.

A concepção de o Estado atrair para si a posição da vítima dos delitos cometidos torna-se mais branda uma vez que deixará de ser mera espectadora e passa a compor o processo para ser ouvida em seus sentimentos, desejos e pretensões.

Também a sociedade é incluída como organismo social que sofre os impactos causados pelo fato delituoso.

E o suposto agressor tem a possibilidade de reparar o dano e não apenas ser punido pela sua conduta delitiva.

Em sua aplicação, considera os aspectos sociais dos envolvidos, a comunidade a que pertencem, as relações interpessoais do ofensor, da vitima e da comunidade.

Minimizar a dor sofrida, restaurar relações rompidas, rever o erro e acreditar que através de um olhar comprometido, sincero e empático, torna-se possível acreditar em promover a paz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Portal da Legislação, Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____.**Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Portal da Legislação, Brasília, set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria Mecanismos para coibir a violência domestica e familiar contra a mulher dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, set. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, set. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, set. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm

_____. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. **CNJ.** Resolução nº 225/2016, de 31 de março de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. ONU. **Resolução 2002/12. Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal**. Trad. de Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2018.

WACHTEL, Ted; WACHTEL, Joshua; COSTELLO, Bob. **Círculos Restaurativos nas Escolas**. Construindo um sentido de comunidade e melhorando o aprendizado. EUA: International Institute for Restorative Practices, 2012.

WACHTEL,Ted; O'CONNELL,Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de Justiça Restaurativa: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas**. 1.ed. Pensilvânia: International Institute for Restorative Practices , 2010.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008

Cabrera, D., Colosi, L., & Lobdell, C. (2008). **Systems thinking. Evaluation and Program Planning**, 31(3), 299-310. Disponível em <http://www.academia.edu/187751/A_Response_to_paper_Systems_Thinking_by_D._Cabrera_et_al._Next_steps_a_human_service_program_system_exemplar>. Acesso em 11 de maio de 2018.

CAPRA, F. (2006). **A teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** São Paulo: Cultrix. <http://www.communita.com.br/assets/teiadavidafritjofcapra.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2018.

BACARDÍ, J. G. **Onde estão as moedas? As chaves do vínculo entre pais e filhos**. Trad. Adriana Campidelli e Lorice A. Ferreira. 2ed. Campinas: Saberes. 2013.

BUENO, R. K.; Leal, C. F. R.; Souza, S. A. de. (2012). **Mediação na Defensoria Pública: Um relato de experiência. Revista Pensando Famílias**. Disponível em <http://www.domusterapia.com.br/site/files/433_PENSANDO%20FAM%C3%8DLIAS%2016%20n1%20Media%C3%A7%C3%A3o%20na%20Defensoria%20P%C3%BAblica.pdf.>Acesso em 11 de maio de 2018.

HELLINGER, Bert. **O amor do espírito na Hellinger Sciencia.** Trad. Filipa Richter, Tsuyuko Jinno-Spelter . 1ed. Patos de Minas: Atman, 2009.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com constelações familiares.** Trad. Newton A. Queiroz. 7ed. São Paulo: Cultrix, 2014.

HELLINGER, Bert. **Simetria oculta do amor.** Trad. Newton A. Queiroz. 6ed. São Paulo: Cultrix, 2015.

_____. CNJ. **"Constelação Familiar" ajuda a humanizar práticas de conciliação no judiciário**. Notícia. Data de publicação 31/10/2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2.> Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. CNJ. **"Constelação Familiar" ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário.** Notícia. Data de publicação 31/10/2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84704-justica-restaurativa-e-constelacoes-familiares-avancam-no-parana>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. CNJ. **Justiça restaurativa e constelações familiares avançam no Paraná**. Notícia. Data de publicação 04/05/2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. ASCOM/EMERON. **TJRO é destaque entre os tribunais com projeto de formação em Constelação Familiar.** Notícia. Data da publicação 16/04/2018. Disponível em <http://emeron.tjro.jus.br/noticias/432-tjro-e-destaque-entre-os-tribunais-com-projeto-de-formacao-em-constelacao-familiar>. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. OAB/PR. **CAA-PR realiza evento sobre Constelação Familiar**. Notícia. Data da publicação 29/03/2017. Disponível em https://www.oabpr.org.br/caa-pr-realiza-evento-sobre-constelacao-familiar/. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____. DIREITO SISTÊMICO. **Artigo descreve modelo original de prática de constelações na Justiça e aplicabilidade do Direito Sistêmico.** Data da publicação 22/09/2017. Disponível em <https://direitosistemico.wordpress.com>. Acesso em 11 de maio de 2018.

[1] Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

LIMITES AO DIREITO À PROPRIEDADE: FUNÇÃO SOCIAL E O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

Anny Karen Quaresma[1]

Evilly Moura Figueiredo[2]

Maria Mayslla Lopes de Freitas[3]

RESUMO: O presente artigo, através de características atualmente atinentes ao direito de propriedade, objetiva levar em consideração algumas informações acerca de limitações a este inerente, demonstrando como se materializa na atual conjuntura social. Faz-se referente à problematização a forma de como se é imposta a limitação ao direito propriedade, a qual pode perfazer-se através da função social do imóvel, garantida pela Constituição Federal/88, como também pela vedação ao uso anormal da propriedade. Com o intuito de consecução deste trabalho, foram utilizados métodos de pesquisas de natureza bibliográfica, como também artigos e sites relacionados à área jurídica. Assim, este breve estudo possui o intuito de vislumbrar algumas particularidades acerca da limitação do direito de propriedade. Esta produção científica fundamenta-se no carecimento de compreensão e discussão sobre tal assunto nos tempos hodiernos.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade. Limitação. Código Civil. Função Social. Uso anormal.

1 Graduanda do 7º período no curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-PB.

2 Graduanda do 7º período no curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-PB.

3 Graduanda do 7º período no curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-PB.

1. INTRODUÇÃO
2.

Ao nos remetermos aos primórdios da humanidade, é possível vislumbrarmos pequenos grupos, nos quais cada um vivia de forma isolada. Posteriormente, denota-se que a necessidade de lutar pela sobrevivência resultou na união desses pequenos grupos. Ao surgir a necessidade de uma maior organização, pôde-se observar sociedades cujo povo era organizado, em tese, sob as ordens de um chefe ou clã, no qual a noção de organização social era restrita, pois tudo era limitado, sendo realizado apenas o que era de acordo com o que aquele que fora intitulado como chefe queria, sem levar em consideração os demais.

Mas, a sociedade, num contexto hodierno não mais remete à vontade de um indivíduo, sim à coexistência daquilo que é benéfico para todos, ou pelo menos para a grande maioria, fazendo com que a bem comum sobressaia em relação ao desejo particular. Isso tudo é resultado da consciência e do reconhecimento adquirido ao longo da evolução da sociedade, no qual inúmeros grupos lutaram para manter uma organização igualitária entre todos eles.

Para essa coexistência ser efetivada de forma pacífica, se fez necessário o surgimento daquilo que conhecemos como regras de convivência, sendo resultado da interação social. As regras de convivência são aplicadas na sociedade como uma linha tênue entre o direito positivado e o desejo do particular. Isto porque, para uma convivência pacífica, todos devem obedecer àquilo que foi imposto, consequente da vontade geral. A partir do que fora dito, podemos afirmar que vivemos em uma sociedade cuja organização se dá como uma forma de limitação, cujo direito nenhum é absoluto, e que para cada direito, existe uma obrigação.

O direito de propriedade, a exemplo, ao longo dos anos, passou por diversas transformações, advindas do desenvolvimento em sociedade. E, com isso, pode-se deparar com restrições quanto ao exercício desse direito de forma abusiva. Defronta-se com um direito, hoje, que busca o bem comum através da função social e da vedação ao uso abusivo da propriedade, por exemplo, para que a convivência em sociedade seja exercida de forma pacífica.

3. DIREITO À PROPRIEDADE

A construção dinâmica, complexa e precípua acerca do conceito de propriedade é objeto de análise pelos estudiosos desde os tempos mais remotos, e, por isso, sofreu diversas transformações influenciadas, por exemplo, pela economia, política e principalmente pelo desenvolvimento da sociedade. Pode-se considerar a propriedade como um direito real por excelência sobre um bem próprio, e incontestável direito fundamental garantido pela Constituição Federal/88, em seu art. 5º, XXII, o qual possui limitação encontrada na função social que à propriedade deve ser inerente, e na agradável convivência em sociedade, como o respeito aos direitos de vizinhança preestabelecidos, a fim de que se tenha um uso normal da propriedade. A Declaração dos Direitos dos Homens de 1867, em seu art. 17, tem a propriedade como um direito inviolável e sagrado.

No âmbito jurídico brasileiro, notadamente no Código Civil/02, há o deslinde dos atributos da propriedade no art. 1.228: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha." Indiscutivelmente, ao proprietário é facultado o uso em interesse próprio do seu bem, sendo-o assegurada a prerrogativa de utilizar a capacidade de extrair utilidades de caráter econômico, podendo alienar a coisa de forma onerosa ou gratuita. Como direito subjetivo, frisa-se a possibilidade de reivindicar o que lhe é pertencente, ou melhor, recuperar o que lhe foi injustamente retirado. Esse direito de reivindicar a coisa trata-se do que chamamos de direito de sequela.

É importante salientar que a propriedade no Código Civil de 1916 era tida como um direito mais solene, no qual a intervenção estatal se dava em casos excepcionais. No antigo código a propriedade só importava ao indivíduo, sobressaindo até mesmo aos direitos coletivos, pois no próprio fundamento da propriedade ainda não existia a ideia de democratização do direito e tão pouco o direito da coletividade. É possível notar que esse direito, após o advento do novo código, continuou como um dos fundamentos mais importantes, porém de uma forma mais relativa.

O direito à propriedade tem em si seu caráter irrestrito, ou melhor, *erga omnes* (contra todos), podendo-a utilizar a seu modo, exceto quando se há limitações de interesse coletivo, devendo-se levar em consideração a tutela à dignidade humana, não ultrapassando os limites estabelecidos. É cediço que a propriedade imóvel não utilizada ou mal utilizada é incessante motivo de conflito social. Apesar do caráter exclusivo que a propriedade possui, esta envolve interesses, mesmo que indiretos, de uma sociedade cheia de diversidades. Permanece o direito à propriedade independente de seu exercício, exceto quando sobrevém um fato novo que o interrompa, por isso a perpetuidade como característica.

O direito de propriedade, por ser fundamental, carece de uma aplicação imediata e relevante no que tange à relação entre os particulares, levando-se em consideração a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, devendo-se utilizar-se da ponderação, a fim de reestabelecer o reequilíbrio social. De acordo com Flávio Tartuce (2015, p.959):

> "Não se pode esquecer que a propriedade é um direito fundamental, pelo que consta do art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Esse caráter faz que a proteção do direito de propriedade e a correspondente função social sejam aplicados de forma imediata nas relações entre particulares, pelo que consta do art. 5º, § 1º, do Texto Maior (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Em reforço, o direito de propriedade pode ser ponderado frente a outros direitos tidos como fundamentais, caso da dignidade humana (art. 1 .0, I I I , da CF/ 1 98 8) particularmente naqueles casos de difícil solução (técnica de ponderação) . Reafirme-se que essa técnica foi adotada expressamente pelo art. 489, § 2.º, do Novo Código de Processo Civil."

a. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade foi pela primeira vez incorporada ao nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1967, aduzindo em seu art. 157 que a ordem econômica se baseava, entre outros, no princípio de função social da propriedade.

Por sua vez, a Constituição de 1988 trouxe o princípio da função social da propriedade em vários dispositivos, entre eles no art. 5°, inciso XXIII quando afirma que a propriedade atenderá sua função social, bem como no art. 170 que trata da ordem econômica e financeira, e ainda o art. 182 que fala sobre a política urbana, entre outros artigos que tratam da política agrícola e fundiária e da reforma agrária.

Com o princípio da função social da propriedade aquele conceito inicial de que a propriedade é um direito absoluto cai por terra, pois cabe ao proprietário do imóvel usá-lo de uma forma que o uso da coisa obedeça aos critérios legais e morais, de modo que a propriedade cumpra sua função social contribuindo para o bem comum. Assim, a propriedade não pode ser usada apenas no interesse do particular, mas para a consecução do bem comum. A propriedade deverá atender ao bem-estar social, devido ao interesse público que sobre ela recai.

4. DIREITOS DE VIZINHANÇA

O capítulo V do Código Civil trata dos direitos de vizinhança, estes que dizem respeito às limitações impostas ao uso da propriedade, no intuito de sustentar uma boa convivência com os proprietários de imóveis vizinhos.

Quanto ao conceito de vizinhança e prédios vizinhos, Orlando Gomes preleciona em seu livro “Direitos Reais”:

> “A vizinhança é um fato que, em Direito, possui o significado mais largo do que na linguagem comum. Consideram-se prédios vizinhos os que podem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos ou que com estes possam ter vínculos jurídicos. São direitos de vizinhança os que a lei estatui por força desse fato” [2004, p. 215].

Importante relatar que para um prédio ser considerado vizinho de outro não se faz necessário que eles sejam contíguos, bastando, apenas, que a atividade exercida por um possa repercutir no outro.

Os direitos de vizinhança não são normas que buscam privilegiar os proprietários de imóveis vizinhos, mas tão somente, adequar o uso da propriedade, de forma a harmonizar o convívio social. Em suma, um vizinho não pode prejudicar o outro com sua atividade. Assim, têm-se que o diploma civil brasileiro estabelece normas para a convivência harmônica. Tais normas estão disciplinadas a partir do art. 1.277, do CC/02, que trata do uso anormal da propriedade. Na realidade, o legislador procurou regulamentar algumas situações que podem ser enfrentadas pelos vizinhos no dia-a-dia.

O princípio da boa-fé e o princípio da função social da propriedade regem os direitos de vizinhança, de forma a zelar pelo bem-estar social, evitando assim, que o

direito do proprietário de um imóvel fira o direito dos outros proprietários de imóveis. Assim como a solidariedade, princípio constitucional que se perfaz como um meio de relativizar o direito à propriedade, visto que a propriedade não pode beneficiar apenas o seu dono em detrimento da comunidade.

A prática da limitação ao direito de propriedade é notadamente encontrada nos direitos de vizinhança. A boa convivência e a sobreposição dos interesses coletivos prevalecem sobre os direitos individuais ora exercidos além dos limites toleráveis, buscando priorizar os bons costumes. O uso abusivo da propriedade, por muitas vezes, causa interferência em uma outra propriedade e transtornos aos seus ocupantes.

a. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

A saúde, o sossego e a segurança são bens jurídicos tutelados pelo direito de vizinhança. O art. 1.277, do diploma civil, ao tratar do uso anormal da propriedade aduz:

> "Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha."

Conceituando de forma rápida e objetiva aquilo que no âmbito civil chamamos de "regra do três Ss", temos que saúde é o funcionamento normal do organismo humano. Frise-se, que saúde não é apenas a física, mas também a saúde mental. Em contrapartida, a palavra sossego está relacionada ao descanso, enquanto que a segurança é o sentimento de estar protegido de riscos.

Ocorre que a violação a qualquer um desses bens jurídicos pelo proprietário de um prédio vizinho pode acarretar em uma demanda judicial, pois nenhuma pessoa pode ter sua saúde, seu sossego e sua segurança afetados pelo uso nocivo da propriedade vizinha. Apesar de nem sempre a lide judicial ser o caminho mais fácil ou mais rápido, várias são as hipóteses de medidas cabíveis com o intuito de fazer cessar a perturbação, como por exemplo a tutela específica nas obrigações de fazer e de não fazer, a ação de dano infecto e a ação de nunciação de obra nova.

Dito isto, é inegável que ao proprietário não é lícito que se utilize de sua propriedade como bem entende, ultrapassando os limites do bom uso, interferindo na vida privada de seus vizinhos e afetando o sossego, a saúde e a segurança destes. É importante salientar que isso não se aplica somente ao caso dos proprietários de imóveis residenciais. Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado:

> "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. **Autores vizinhos** à Clínica veterinária que visam compelir a ré a retirar os cachorros da Clínica fora do período comercial, principalmente pela **perturbação do sossego noturno**. Antecipação da tutela concedida na Vara de origem, para **compelir a clínica demandada a fazer cessar os ruídos excessivos** fora de dias e horários comerciais, sob pena de multa diária. Apresentação de contestação e reconvenção pela demandada, que ingressou nos autos espontaneamente. SENTENÇA de procedência da Ação por incidência dos efeitos da revelia [...]." (TJ-SP – APL: 10554663120158260100, Relator: Daise Fajardo Nogueira Jacot, Data de Julgamento:

> 26/07/2016, 27ª Câmara de Direito Privado, Data da Publicação: 27/07/2016)

Assim sendo, é fato que aquele que tem algum bem jurídico afetado pelo mau uso da propriedade vizinha, tem o direito de fazer cessar as interferências utilizando até mesmo as vias judiciais. Mas o que gera incessante discussão no âmbito jurídico e social é até onde tais medidas podem ser utilizadas.

Como o Direito muda de acordo com a evolução da sociedade, novos casos e suas respectivas soluções surgem a cada dia. Em relação às medidas cabíveis para sanar os incômodos causados por vizinhos, podemos nos remeter ao art. 1.337, parágrafo único do CC/02, que aduz:

> "O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia."

5. CONCLUSÃO

Diante do apanhado realizado com relação aos limites estabelecidos ao direito de propriedade, nota-se que a medida aplicada é a multa, mas é possível imaginar o caso de o proprietário chegar ao extremo, não sendo mais suportado por nenhum dos vizinhos. Seria possível chegar à perca da propriedade em virtude disso? Observa-se que no ordenamento jurídico brasileiro essa medida não é cabível. Porém, militantes do ramo, como o advogado Alexandre Marques, que é vice-presidente da Comissão de Direito Condominial da OAB de São Paulo, afirmam que apesar de não haver a perca efetiva do direito à propriedade nesses casos, o condômino, por exemplo, poderá ser obrigado a se afastar do convívio condominial.

Após todo o assunto explanado, é possível afirmar, mais uma vez, a relativização do direito à propriedade quando vai de encontro a direitos coletivos, visto que no contexto hodierno, estes direitos sempre se sobrepõem ao direito individual. Mas, apesar dessa relativização, a propriedade ainda tem de forma intrínseca seu caráter absoluto, perpétuo e exclusivo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. **Direitos de vizinhança e a função social da propriedade**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 176. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1255/direitos-vizinhanca-funcao-social-propriedade. Acesso em: 24 de maio de 2018.

BARBOSA, Renan. **Fumaça, som alto e barraco:** como resolver problemas de condomínio de acordo com a lei. 2017. Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/fumaca-som-alto-e-barraco-como-resolver-problemas-de-

condominio-de-acordo-com-a-lei-4w3cmoojvz88fy00gqiftsqas. Acesso em: 25 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 5 de outubro de 1988.

_____. ***Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002***. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. **O Direito de Vizinhança no Novo Código Civil**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_158.pdf. Acesso em: 24 de maio de 2018.

MENEZES, Rafael de. **Direitos Reais**. 2011. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-reais-propriedade-caracter%C3%ADsticas-de-propriedade. Acesso em: 26 de maio de 2018.

PINTO, Luiz Fernando de Andrade. **Direito de Propriedade**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, Rio de Janeiro/RJ. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_75.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2018.

RIOS, Thiago Meneses. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/27032. Acesso em: 26 de maio 2018.

SOARES, Fernando Luso. **A Organização da Sociedade**. Disponível em: https://www.marxists.org/portugues/luso/livros/politica/cap05.htm. Acesso em: 24 de maio de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único I. 6. ed. rev., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

THURMANN, Ernesto. **Um estudo sobre o Direito e a organização das sociedades.** 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/54260/um-estudo-sobre-o-direito-e-a-organizacao-das-sociedades/1. Acesso em: 24 de maio de 2018.

O ABORTO E A TEORIA DA PERSONALIDADE JURIDICA: JULGAMENTO DO HABBEAS CORPUS 124306

Patrícia Holanda de Lima[1]

RESUMO: Em 2016, o STF concedeu o Habeas Corpus 124306 de ofício, reconhecendo inexistentes os requisitos para prisão preventiva, bem como conceder interpretação condizente com a Constituição Federal aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto no Brasil. A análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, é objeto de discussão neste artigo no que tange aos direitos do nascituro e da gestante, tomando como base de fundamentação o atual Código Civil vigente no Brasil, as teorias da personalidade jurídica, e a Constituição referente aos Direitos Fundamentais envolvidos no mecanismo da ponderação usado na decisão.

PALAVRAS-CHAVE: habeas corpus, aborto, decisão, personalidade jurídica, código civil, ponderação

[1] Graduanda em Direito na Universidade de Fortaleza-UNIFOR. E-mail: anapatriciahl@yahoo.com.br

1-INTRODUÇÃO

O Habeas Corpus 124.306/RJ foi impetrado pela defesa de dois réus que, segundo a denúncia, mantinham uma clínica de aborto e foram presos em flagrante, por suposta prática dos crimes previstos nos artigos 126 e 128 do Código Penal – respectivamente, tipo penal do aborto e formação de quadrilha.

Com base no deslinde processual descrito acima, a defesa recorreu ao instrumento de Habeas Corpus proposto diante da Suprema Corte, no intuito de revogar o pedido de prisão preventiva, sob as alegações de que não se observava na presente situação os requisitos mínimos necessários para a decretação de prisão preventiva.

O habeas corpus foi concedido pelo STF, o qual em sua maioria dos votos entendeu que a interrupção da gravidez ocorrida no primeiro trimestre da gestação, segundo a Constituição Cidadã de 1988 não tipifica crime de aborto, portanto não recepcionando a respectiva norma do Código Penal que data de 1940.

O artigo se propõe, a abordar o aspecto da matéria que tange o Direito Civil, ou seja, não se debruçará sobre os aspectos técnicos da decisão, nem sobre os fundamentos da decisão ao que se refere ao mérito da questão.

O art. 2º do Código Civil de 2002(Lei nº10.406/2002), afirma *in verbis*, que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

O nascituro, é um ser que já está concebido, mas que seu nascimento ainda é fato pendente, em outras palavras, "[...] é aquele que foi concebido, mas que ainda não nasceu" (TARTUCE, 2017, p. 75).

O Código Civil vigente, no artigo 2º, adota a teoria natalista, mas apresenta contradições quanto à verdadeira corrente seguida; parece ser ora natalista, ora concepcionista. Assim, o nascituro, não seria pessoa, e, consequentemente, não teria direito algum, tese essa sustentada pela teoria natalista. Já na segunda parte, onde aduz que "[...] *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*", podemos depreender que o nascituro seria pessoa, e, por consequência disso, possui direitos, mesmo que não possua capacidade de gozo.

Diante de tais antagonismos, este artigo inicialmente tratará sobre as teorias da personalidade jurídica do nascituro, e dentre estas qual a adotada pela jurisprudência brasileira.

Posteriormente, realizar-se-á uma discussão sobre o voto do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, ao que se refere a expressão inúmeras vezes repetidas e cunhada em sua decisão: direito a vida do nascituro. Apesar da decisão ser aplicada especificadamente a um caso concreto, sem produção de um efeito *erga omnes*, o fundamento determinante da decisão majoritária, tecnicamente acaba por gerar um

precedente, no sentido que não constitui crime a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação segundo a Constituição de 1988.

2-FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Pessoa natural, termo usado tradicionalmente no Direito Civil, é o ser humano, tal como percebido por meio dos sentidos e sujeito às leis da natureza.

Embora a luz do art. 2º do Código Civil a personalidade civil "comece do nascimento com vida", não deve o operador do direito confundir o início da personalidade com o início da vida.

Os direitos da personalidade são os direitos da pessoa natural, inerentes a essa condição, de natureza não patrimonial, decorrentes da noção de dignidade da pessoa humana.

"Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade" (Gomes,1999).

Os direitos da personalidade encontram-se no Código Civil no 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.

Pode-se acrescentar também que são imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios, uma vez que se tratam de direitos de natureza não patrimonial.

Já para Goffredo Telles Jr (2008), "os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta".

A personalidade tem uma reação direta com a existência da pessoa, como escreve Maria Helena Diniz(2002) , "primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo "pessoa"" e ainda complementa: "para a doutrina tradicional "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial"(DINIZ, 2002).

O direito civil, ao menos a doutrina mais tradicional, admite três correntes em relação ao início da personalidade civil. São elas: natalista, personalidade condicional (um desmembramento da anterior) e concepcionista.

-Teoria Natalista: a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida. Se o feto nasce morto, não chega a adquirir vida ou sem vida autônoma como doutrina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironka (2008) "não irão tornar titulares de personalidade jurídica, falecendo-lhes a condição para adquirir a herança ou o legado que a lei lhes vinha protegendo".

Teoria concepcionista: a qual afirma os direitos do embrião, do feto, isto é, daquele que se encontra em vida intrauterina. Se o Código Civil adotasse a teoria concepcionista, admitiria plena capacidade de direito ao embrião e, assim, em matéria sucessória, o feto que não viesse a nascer com vida, pelo simples fato de ter sido concebido, teria direitos e implicaria mudança na relação sucessória.

Teoria da personalidade condicional: o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não sendo uma teoria tão distante da citada anteriormente. O professor Washington de Barros Monteiro (1927), com a experiência de um grande civilista esclarece: "Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação." Portanto, deve-se anuir que os direitos adquiridos pelo nascituro em sua concepção, ficam à espera deste se tornar um sujeito durante o período de gestação. Depara-se desta forma, com a falta de aptidão para se adquirir o direito por não se ter ainda um sujeito. Em resumo, há um fato gerador da consecução de direito, mas não há aptidão para tal. Sendo a vida um direito que não pode ser resguardado, significa dizer que o nascituro não tenha direito a mesma? Ou ainda, o direito a vida se adquire pós o nascimento com vida ou desde a concepção?

Quando se admite a ideia de direitos do nascituro, mesmo que restrito a direitos da personalidade, neste caso o direito à vida, a teoria aplicada não mais se trata da personalidade condicionada, mas da teoria concepcionista. O que justifica este posicionamento, dos que o tem, é a interpretação constitucional.

Considerando as bases teóricas de Teixeira de Freitas no século XIX, o qual inspirou os Códigos Civis brasileiros e o Direito Civil brasileiro, faz-se relevante diferenciar os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade de direito.

Define-se como personalidade jurídica a suscetibilidade de um ente para adquirir direitos. Em outras palavras, pessoa é o ente suscetível de aquisição de direitos (FREITAS, 1860, p. 15). Desta forma, a personalidade jurídica constitui uma aptidão genérica, potencial, para adquirir direitos.

Já a capacidade de direito, *"é o* grau de aptidão para aquisição de direitos e prática, por si ou por outrem, de atos não proibidos*"* (FREITAS, 1860, p. 23). A partir deste referencial, é possível criar o seguinte argumento lógico: ao ente que tenha reconhecida personalidade, este pode tanto adquirir certos direitos como, ter a prática de certos atos restrita por alguma razão legítima. Assim como, não se nega a nenhuma pessoa aptidão para adquirir direitos e os exercer, o grau desta é variável e nunca absoluto. É importante salientar, que não há hierarquia entre direitos fundamentais assim como nos direitos da

personalidade, o que justifica a não obrigatoriedade do direito à vida se sobrepor aos demais.

Portanto, considerando a ideia de que um ente sendo reconhecido como pessoa possa ter restrições quanto ao fato de adquirir ou praticar seus direitos, conclui-se que não há conflito com a teoria concepcionista a legalidade do aborto em determinado estágio da gestação, o qual deve ser devidamente fundamentado por área técnica especifica a questão. Tal resultado é teoricamente possível, pela ponderação entre direitos da personalidade da mãe, que não quer levar a cabo a gravidez, e o direito à vida do nascituro.

3-MATERIAL E METÓDO

Este artigo se encontra no âmbito jurídico e social, tendo em vista que decisão tomada pelo STF renova a discussão sobre a temática do aborto no seio da sociedade. Viu-se necessário analisar o voto do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, pertinente ao julgamento do HC 124306, além de uma revisão documental e bibliográfica a fim de entender o caso no que concerne ao Direito Civil, especificamente a personalidade jurídica do nascituro.

O presente artigo utilizou-se dos métodos de pesquisa revisão bibliográfica e documental. O primeiro consiste na base de um material mais elaborado, que sofreu revisão e é conceituado; enquanto a documental vale-se de matérias que não receberam atenção mais criteriosa.

Quanto aos passos metodológicos, foi realizado uma busca bibliográfica de artigos, relatórios, documentos e livros para melhor entendimento da temática, conhecendo o material publicado, abrangendo o conhecimento sobre o tema, compreendendo ao máximo as contribuições científicas e culturais sobre o objeto de estudo.

4-DISCUSSÃO E RESULTADOS

O Habeas Corpus nº 124. 306, de 29 de novembro de 2016, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, iniciou uma nova perspectiva para o debate sobre a descriminalização e a legalização do aborto ao considerar possível a interrupção voluntária até o final do primeiro trimestre de gestação. O HC concedeu soltura dos réus e reputou a criminalização do aborto até o final do primeiro trimestre uma violação dos direitos fundamentais da mulher.

Tal decisão, embora seja apenas de uma das turmas e não do pleno do Supremo Tribunal Federal e, portanto, não vinculante, estabelece um precedente importantíssimo, já que considera a criminalização da prática de aborto uma violação dos direitos fundamentais das mulheres, violando a autonomia, o direito à autonomia individual, à liberdade de escolha e à integridade física e mental, além dos direitos sexuais e reprodutivos. “Essas violações trazem ao campo argumentativo toda a ideia de direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.” (VALENTE, 2017).

O voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso enumera os bens jurídicos violados da mulher em uma criminalização do aborto em uma gestação até o seu terceiro trimestre: autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero:

> A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. (Habeas Corpus nº 124.306, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em 29/11/2016).

Além desse aspecto, a decisão aborda a desigualdade social existente no Brasil: as mulheres com poder aquisitivo acessam um serviço seguro, mesmo que ilegal, enquanto as não abastadas sofrem com procedimentos realizados em ambientes insalubres, sujeitando-se a pagar inclusive com a vida.

> A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. (Habeas Corpus nº 124.306, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em 29/11/2016).

Barroso articula que a criminalização não protege devidamente o direito à vida do nascituro e também não reduz a quantidade de abortos realizados no Brasil, violando o princípio da proporcionalidade (GRILLO, 2016).

Os direitos do nascituro de fato, com a devida vênia, devem ser analisados conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os outros que dali decorrem sem dúvida, mas, antes, ponderados pelo prisma da expressão volitiva da mulher gestante, que, via de regra, possui, para aquele momento específico, pleno gozo de seus direitos. Não se pode olvidar que em alguns casos os direitos garantidos ao nascituro podem chocar-se com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, com o direito de, racionalmente, realizar suas escolhas existenciais, bem como confrontarem-se com sua integridade psicofísica, de modo que a interrupção da gestação deve ser ponderada. Sobre a ponderação, mister aduzir as lições do jus filósofo alemão Robert Alexy, haja vista ser princípio fundamental do Estado a dignidade da pessoa humana, destarte constituinte de direitos e deveres (uma bilateralidade-atributiva), onde "o método de aplicação é a aplicação da razão e da proporção." (ALEXY, 2009, p. 85). Igual medida entende-se que para “direitos e deveres prima facie, o método de aplicação é o da ponderação e, no caso de conflito, prevalece aquele com mais peso no caso concreto.”

(ROBL FILHO, 2010, p. 5.565).

Constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas, e, portanto, também contra o uso abusivo. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º).

Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade, o qual é utilizado por Barroso no argumento do seu voto.

O estabelecimento dos parâmetros utilizados na ponderação conflitiva (dignidade da mulher e do feto) revela a hipótese de um acordo que autoriza à dignidade da pessoa humana a "ceder em face de valores sociais mais relevantes, designadamente quando o intuito for o de salvaguardar a vida e a dignidade pessoal dos demais integrantes de determinada comunidade" (SARLET, 2008, p. 130).

Como visto, a questão estrita a respeito dos direitos do nascituro, foi deixada pelo titular do poder constituinte originário para ser tratada no âmbito infraconstitucional, com maior minudência no Código Civil de 2002. Contudo, para conferir prerrogativa de direito constitucional, via hermenêutica, à parte do CC/2002 que versa sobre a personalidade, o enunciado n.º 274/CFJ de 200614, alinhou-se às lições de Gustavo Tepedino, nestes termos:

> Os direitos da personalidade regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (TEPEDINO, 2004, p. 50).

Nas ponderações entre os bens jurídicos em questão, como fez o Ministro Barroso no seu voto, a conclusão pela prevalência dos direitos da mãe no primeiro trimestre da gravidez não afasta, nem relativiza a personalidade do nascituro; significando que o grau de aptidão do nascituro para adquirir direitos é menor que o da gestante.

Portanto, independente da teoria adotada, é inevitável o reconhecimento do nascituro como uma pessoa de capacidade reduzida, sendo diversos, os direitos que não pode adquirir e os atos que não pode praticar, ou que no caso concreto, poderão não ter seu exercício garantido , nem por meio da representação de sua mãe, por força de suas próprias peculiaridades.

5-CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Personalidade pode ser tida como um arcabouço teórico para justificar o aborto legal durante o primeiro trimestre de gravidez, juntamente com a teoria

da capacidade reduzida, fundamentada nas capacidades de matriz freitiana. Ao adotar-se tais marcos teóricos, chega-se a conclusão que mesmo diante da teoria concepcionista a interrupção da gravidez, é dotada de legalidade.

No entanto, tratando-se em analisar a questão, tendo como base a constituição e não o código civil, a decisão cabe somente ao Supremo Tribunal, tal como o ocorrido no caso do habeas corpus 124.306, no qual através do voto do Ministro Barroso, trouxe essa discussão relevante não só a esfera acadêmica, mas também social.

Trata-se, portanto, de uma decisão, pela qual sua argumentação, faz uso da ponderação dos direitos fundamentais da gestante e do nascituro, gerando precedente, mas que não define quanto a descriminalização do aborto no Brasil.

7-REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. Conceito e Validade do Direito. OLIVEIRA G. B. de M. (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

BEVILACQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Rio de Janeiro, 1927, vol. Lapud Silvio rodrigues. Curso, cit. P.61

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jun.2017

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 124.306 Rio de Janeiro. Disponível em:<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>. Acesso em 17 jun.2017

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Código Civil. Lei n° 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

DINIZ, Maria Helena. Parte geral. In: novo código civil comentado. Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva 2002

HIRONAKA, Giselda Maria. Direito civil (vol. 7): Direito de Família.
Ed. Revista dos tribunais, 2008

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 14.ed., Rio de Janeiro: forense, 1999.
Jun. 2017.

GRILLO, B. Interromper gestação até 3º mês não é crime, decide 1ª Turma do STF em HC. São Paulo: Consultor Jurídico, 2016. Acesso em: 05 mar. 2017

ROBL FILHO, I. N. Conceito e validade do direito: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. 09 a 12 de junho de 2010. p. 5563 a 5573. Anais (...). Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf>. Acesso em 08 de mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TARTUCE. Flávio. Manual de Direito Civil. 7 ed. São Paulo: método, 2017.

TELLES Jr, Goffredo. Iniciação na ciência do direito. 4ª edição, revista e atualizada, Ed. Saraiva 2008.

TEPEDINO. Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O DEVER DE MITIGAR OS PRÓPRIOS PREJUÍZOS E O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

Larissa de Lima Vargas Souza[1]
Guilherme de Lima Vargas[2]

RESUMO: A observância da Constituição como filtro necessário para aplicação dos demais dispositivos legais ecoa por todo o ordenamento jurídico, reverberando ondas de ressignificação de clássicos institutos do direito civil. O artigo pretende analisar o *duty to mitigate the loss*, instituto fruto da passagem da concepção da relação jurídica como ligação entre sujeitos para a ligação entre situações jurídicas subjetivas, da evolução de uma relação de subordinação a uma dinâmica de colaboração, do inadimplemento como foco ao adimplemento como prioridade. Com arrimo em breve análise da recepção do *duty* e sua repercussão quanto ao nexo causal, este estudo propõe-se a perquirir se haveria incoerência entre o instituto em debate e o princípio constitucional da reparação integral. Dessa forma, tenciona demonstrar que o credor, ao não mitigar seus próprios prejuízos, estaria a inaugurar nova cadeia de causalidade, de cujo dano seria ele, a uma só vez, causador e vítima.

PALAVRAS-CHAVE: Mitigação. Credor. Colaboração. Reparação integral. Nexo causal.

[1] Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2017). Professora de Direito Civil e Direito do Consumidor. Coordenadora do Grupo de Iniciação Científica sobre Direitos da Personalidade na Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI. Advogada. E-mail:larissa.lv@hotmail.com

[2] Acadêmico do 5º semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Bolsista de Iniciação Científica do programa de Bolsas de Iniciação Científica da FDV. E-mail: guilhermelvargas@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição, enquanto ápice de todo o ordenamento jurídico, deve guiar todas as situações jurídicas, sejam elas existenciais ou patrimoniais. A observância das normas constitucionais como filtro necessário para aplicação dos demais dispositivos legais ecoa por todo o ordenamento jurídico, reverberando ondas de ressignificação de clássicos institutos do direito civil. Não mais prospera a incomunicabilidade entre o direito civil e a Constituição, sendo notável o deslocamento do "eixo valorativo do sistema do Código Civil – como ordenador das relações privadas – para a Constituição, fonte dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico"[1].

Com efeito, não se pode prescindir da base axiológica constitucional que deve alicerçar o direito civil, sendo primordial a perenidade da atuação das lanternas do direito civil-constitucional[2]. Veja-se, por exemplo, o influxo do princípio da solidariedade constitucional - consagrado como objetivo da República (art. 3º, I, Constituição Federal - CF) - na dinâmica contratual, de modo a recrudescer a cooperação que deve reger a relação entre os contratantes. O presente artigo pretende analisar o dever de mitigar os prejuízos (*duty to mitigate the loss*), instituto este fruto da solidarização das relações contratuais, cujo foco reside cada vez mais no adimplemento.

Embora não expressamente previsto no ordenamento pátrio, o dever de mitigar os danos pode encontrar guarida no princípio da boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil – CC). Optou-se por utilizar o termo "dever" no presente artigo em razão da tradução literal do termo de origem na língua inglesa *duty,* conquanto haja opiniões dissidentes acerca da adequação do instituto a um "dever" do credor, entendendo que seria mais adequado enquadrar o *duty to mitigate the loss* como "ônus"[3] ou, ainda, "incumbência[4].

A análise da aplicação do instituto pelos Tribunais superiores dá azo a algumas indagações acerca dos efeitos da inobservância do dever de mitigar os próprios prejuízos na responsabilidade civil atribuída ao devedor inadimplente. Apto que é a reduzir o valor da reparação inicialmente pleiteado pelo credor prejudicado pelo inadimplemento, iria o instituto jurídico em estudo de encontro ao princípio constitucional da reparação integral? Com arrimo em breve análise da recepção e aplicação do *duty to mitigate the loss* e sua repercussão quanto ao nexo causal, elemento salutar da responsabilidade civil, este artigo propõe-se a perquirir em que medida poderia haver (ou não) incoerência entre o instituto em debate e o princípio constitucional da reparação integral.

1. A RELEITURA DA RELAÇÃO JURÍDICA E A SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA DO CREDOR

A ressignificação da relação jurídica a partir de sua análise funcional leva à inelutável constatação de que esta consiste na ligação entre situações jurídicas subjetivas. Tal releitura rompe com a concepção de outrora segundo a qual a relação jurídica seria a ligação entre sujeitos, eis que é possível que haja uma ligação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses que não se traduza necessariamente como ligação entre sujeitos[5].

A nova leitura da relação jurídica com pano de fundo na ligação entre situações subjetivas leva à necessária mitigação da dicotomia entre credor e dever, segundo a qual a relação jurídica, ainda enquanto ligação entre sujeitos, teria como personagens, destacáveis e impermeáveis, credor e devedor.

Consagrar, então, a relação jurídica como ligação entre situações subjetivas e não mais a ligação entre sujeitos leva à ilação de que os ocupantes dessas situações subjetivas serão, simultânea e correspectivamente, credores e devedores. Não há, pois, situação jurídica cujo titular afigure-se apenas como credor ou como devedor. O fato de o titular de situação jurídica subjetiva ser predominantemente credor de determinada prestação, a depender da natureza contratual, não afasta a premissa de que também possa ser devedor em relação ao titular da situação subjetiva adversa:

> Numa leitura liberal pura, o credor, titular de um direito, não incorreria em deveres ou encargos; contra ela, impôs-se a evidência de que, mercê de actuações inadequadas ou de pura passividade, o beneficiário podia dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação, deixando o devedor, para sempre, vinculado. [...] A análise atenta da ideia <<possibilitar o cumprimento>> cedo revelou que estava em jogo, não apenas a abstenção de atitudes impeditivas, mas ainda a necessidade de, por formas activas, facultar a actuação do devedor. Chegou-se, assim, aos deveres de colaboração por parte do credor.[6]

O reconhecimento de deveres não expressos correspondentes a ambas as partes (e não apenas àquele enquadrado como "devedor") decorre da percepção de que não se pode distinguir as situações subjetivas entre ativas e passivas, pois mesmo as situações ditas passivas contêm alguns direitos e poderes[7]. A funcionalização das relações contratuais[8] leva à passagem de uma posição de subordinação a uma relação de colaboração entre os titulares das situações jurídicas subjetivas, de modo que o credor também possui deveres genéricos e anexos de cooperação para o adimplemento do devedor:

> A obrigação não se identifica com o direito ou com os direitos do credor, ela se configura cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva a partir da qual enfocar a disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor, a cooperação substitui a subordinação e o credor se torna titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação para o adimplemento do devedor.[9]

É possível, inclusive, que haja violação de deveres anexos sem que tenha sequer ocorrido inadimplemento de prestação principal que indica a causa do contrato[10]. Com efeito, pode-se vislumbrar relação contratual cujo devedor da prestação principal viole obrigações nos planos principal, secundário ou anexo da situação jurídica patrimonial e existencial. Assim, ainda que não haja inadimplemento, "a violação ao standard ético-negocial gerado pelo princípio de boa-fé enseja, em grandes linhas, a violação do contrato"[11] .

O conteúdo variável e complexo das obrigações é fruto da concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, de modo que o credor também se revela

como devedor de deveres acessórios que completam e integram o núcleo central da relação jurídica[12]. A ressignificação da relação obrigacional leva, pois, a uma necessária passagem do foco no inadimplemento e suas consequências jurídicas à prevalência e promoção do adimplemento contratual, de cuja prioridade não pode prescindir nenhum dos titulares das situações jurídicas subjetivas:

> Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.[13]

O dever de mitigar os prejuízos, ou *duty to mitigate the loss*, revela-se, pois, como fruto da passagem da concepção da relação jurídica como ligação entre sujeitos para a ligação entre situações jurídicas subjetivas, da evolução de uma relação jurídica de subordinação para uma dinâmica de colaboração entre as partes contratuais, do inadimplemento como foco ao adimplemento como prioridade.

2. A RECEPÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE DE LOSS* PELO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A Constituição é alicerce necessário aos institutos de direito civil, dentre eles o contrato. O conteúdo do negócio jurídico e os dispositivos legais que o embasam devem, sempre e sempre, guardar compatibilidade com a Constituição, não podendo sobre esta prevalecer, sob pena de subverter a ordem hierárquica que garante a unidade do ordenamento[14]. A proteção constitucional à dignidade da pessoa humana deve reverberar efeitos em todas as situações jurídicas, cujo merecimento de tutela é condicionado ao atendimento dessa premissa. Por certo, não cabe ao Estado intervir irrefreadamente no conteúdo do contrato, o que obstaculizaria a própria liberdade de contratar. No entanto, a intangibilidade do contrato não poderá ser suscitada quando algum comportamento desviante for de encontro a preceitos constitucionais que devem servir de parâmetro ao merecimento de tutela dos institutos de direito civil:

> Em vez de um indivíduo tomado em si e por si, cuja liberdade se considerava bem supremo e intocável, a tutela da pessoa, instituída pelo sistema constitucional, atribui ao direito contratual novos deveres, qualificando-se o contrato como um instrumento de realização de objetivos que só merecem proteção jurídica se e enquanto estiverem de acordo com os valores da sociedade. Na base do projeto constitucional está a construção de uma sociedade mais justa e solidária (CF, art. 3º, I), atribuindo-se ao direito contratual, por meio de princípios como a boa-fé, papel fundamental nesta direção[15].

Nessa esteira, importante se faz a análise do comportamento dos contratantes à luz da boa-fé objetiva, a qual se revela como importante instrumento de compatibilização dos interesses contratuais aos valores constitucionais, de modo que "o contrato – como, em geral, as relações obrigacionais – deve ser valorado em seus meios e fins segundo a ordem jurídico-econômica desenhada na Constituição "[16]. A boa-fé

objetiva deve ser a base sobre a qual se firmam as partes contra exercícios exacerbados da liberdade contratual que possam atingir a dignidade humana dos contratantes. Inserido expressamente no ordenamento pátrio a partir da Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)[17], tal princípio consiste em uma "regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado"[18].

A autonomia privada em âmbito contratual revela-se como importante expressão do princípio da liberdade, eis que, por meio do contrato, as partes podem exarar sua vontade de acordo com os interesses que melhor lhes convenham[19-20]. Nesse jaez, a boa-fé objetiva assume o importante papel de balizar a autonomia da vontade, clara expressão de liberdade, aos interesses juridicamente relevantes cuja tutela as partes não podem ignorar. Portanto, "ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida."[21]. No mesmo sentido:

> Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não-cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas[22].

Em contraposição à concepção da boa-fé subjetiva, criadora de deveres meramente negativos, a boa-fé objetiva não se contenta em preconizar a abstenção de sua violação, mas também requer das partes atitudes positivas que visem ao cumprimento do contrato de modo a satisfazer da melhor forma os interesses dos contratantes[23]. Da boa-fé objetiva decorre, então, um dever proativo das partes em cooperar para o cumprimento do contrato:

> A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar[24].

A doutrina aponta, dentre as funções decorrentes da boa-fé objetiva[25], a existência de deveres anexos que, embora não previstos expressamente no contrato, devem ser cumpridos pelos contratantes. Tais deveres têm por desiderato assegurar o perfeito cumprimento da prestação e, ainda, a plena satisfação dos interessas envolvidos no contrato[26]. Os deveres anexos são impostos pela boa-fé objetiva[27] e, embora não se relacionem diretamente com o objeto da relação contratual, prestam-se à manutenção do estado existencial e patrimonial dos envolvidos, sendo principalmente deveres de

informação, cooperação e proteção. O *duty to mitigate the loss* é consectário dos sobreditos deveres de cooperação, eis que não deve o credor manter-se de todo inerte diante do inadimplemento contratual por parte do devedor quando puder evitar ou minorar os prejuízos daí decorrentes.

Não obstante, vale ressaltar que essa teoria criada no âmbito do direito privado pode ser interpretada no direito processual[28], versando como corolário do princípio da boa-fé processual que, com o advento do novo Código de Processo Civil, ganhou maior destaque, estando prevista nos arts. 5º, 322, § 2º e art. 489, § 3ª.

Aponta-se como precedente à limitação da evitabilidade um caso inglês ocorrido no final do século XVII, conhecido como *Vertue v. Bird*, julgado em 1677. O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich, cidade britânica pertencente ao condado de Suffolk, e deixá-lo em lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, o credor requerido demorou mais de seis horas para indicar o local, de modo que os cavalos do requerente, usados para transportar a mercadoria, ficaram muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, tendo morrido em seguida. Ao apreciar o caso, o Tribunal inglês negou o direito à indenização pela perda dos animais, com base na constatação de o prejuízo foi decorrente da insensatez do próprio requerente de ter deixado os cavalos expostos ao sol por tanto tempo, quando poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em outro lugar em Ipswich[29]. A doutrina do *duty do mitigate de loss* tem, pois, origem no sistema da *common law.*

O dever de mitigar os prejuízos também foi acolhido pelo direito norte-americano. Diante do inadimplemento contratual, o direito estadunidense, diversamente do sistema do Brasil e demais países de tradição romano-germânica, dá preferência à obrigação de ressarcir os danos em favor do credor em detrimento da execução específica. O dever de mitigação dos prejuízos foi criado dentro de um contexto em que o ressarcimento pelo inadimplemento contratual não é subsidiário, mas medida prioritária. Isso se deve, em grande medida, à ausência de distinção valorativa entre o adimplemento e o inadimplemento contratual no direito norte-americano, de modo que cabe ao devedor optar por cumprir a obrigação ou, então, descumpri-la e pagar perdas e danos, sem que a escolha pela segunda opção implique um desvalor de sua conduta[30].

Apesar de prioritária no direito norte-americano, a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual deve ser avaliada – e limitada - à luz de três critérios: imprevisibilidade, incerteza e evitabilidade[31]. Não seriam indenizáveis, portanto, os danos que não podiam ser previstos no momento da celebração do contrato, nem os danos que não podiam ter sua ocorrência determinada por provas de certeza minimamente razoável e, por fim, os danos que a parte prejudicada evitou ou poderia ter evitado mediante esforços possíveis e apropriados[32]. A mitigação dos danos *(mitigation of damages*) é um dos remédios para a quebra do contrato (*remedier for breaches of contracts*). Assim, os danos oriundos da quebra do contrato devem ser mitigados ou minimizados por meio de medidas razoáveis que não tragam risco, ônus ou humilhação à parte prejudicada pelo inadimplemento:

> As partes lesadas têm a obrigação de tomar medidas razoáveis para mitigar ou minimizar seus danos na medida em que isso pode ser feito sem ser "sob risco, ônus ou humilhação". Por exemplo, quando um vendedor não entregar os componentes necessários para a fabricação de um produto , o fabricante-comprador deve tentar obter os componentes em outros lugares se isto razoavelmente pode ser feito. Isso é chamado de "cobertura" e se um preço mais elevado do que o preço do contrato deve ser pago , a diferença é recuperável como indenização. O comprador não pode simplesmente não fazer nada e deixar o seu plano de fabricação permanecer inativo e depois processar pelo desligamento da produção. A teoria da mitigação é aquela em que os danos adicionais não mitigados prejudicam a parte que permie acumular como culpa dessa parte e não da parte inadimplente[33].

No âmbito dos países de tradição romano-germânica, importante se faz a menção ao dever de mitigar os próprios prejuízos no art. 77 da Convenção de Viena, de 1980, sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG[34]), cujo teor dispõe que:

> a parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.

Nessa ótica, conquanto haja uma imposição ao credor inadimplido para que diminua ou evite danos decorrentes do descumprimento contratual da outra parte, o dispositivo da CISG não impõe um empenho excepcional. Isso se justifica pelo fato de o credor inadimplido figurar também como vítima de uma quebra contratual e, dessa forma, já estar suportando as consequências da quebra contratual[35].

No direito alemão, e inércia do credor quanto à evitabilidade dos prejuízos é analisada como culpa concorrente (*Mitverschulden*). Interessante caso ocorrido na Alemanha, em 1999, demonstra clara situação em que o credor se mantém inerte diante do descumprimento quando, muito razoavelmente, poderia minimizar seus próprios prejuízos. Uma empresa produtora de sementes de uva adquiriu uma cera especial a fim de evitar o ressecamento das cepas e protegê-las contra riscos e infecções. Ocorre que, durante a produção, descobriu-se que a cera utilizada estava causando danos às cepas. Mesmo após tal descoberta, a empresa permaneceu utilizando o produto. O caso foi remetido à Corte Federal alemã, a qual, aplicando o art. 77 da Convenção de Viena de 1980, refutou a conduta da empresa de continuar a utilizar a cera a despeito de saber dos prejuízos causados por ela. Tal conduta foi tida por contrária às regras básicas de comportamento contratual, sejam elas de natureza moral, costumeira (*lex mercatoria*), principial (boa fé) ou legislativa[36].

Semelhantemente ao direito alemão, o direito italiano também prevê o dever de mitigação em conjunto com a culpa concorrente. O Código Civil italiano prevê a hipótese de culpa concorrente ao contratante que deixa de informar o devedor do risco de danos extraordinariamente extensos, quando o devedor não tinha nem deveria ter

conhecimento de tal risco. Quanto ao direito francês, embora não tenha positivado a limitação da evitabilidade, observa-se que alguns casos têm sido balizados conforme a possibilidade de o credor ter reduzido seus próprios prejuízos pelo inadimplemento do devedor[37].

O dever de mitigar os próprios prejuízos reverberou efeitos na doutrina brasileira a partir da análise do art. 77 da Convenção de Viena de 1980 feita por doutrinadores brasileiros. Vera Maria Jacob Fradera, ao tratar do assunto em artigo publicado em 2004[38], afirmou a possibilidade de recepção do instituto enquanto dever acessório derivado do princípio da boa-fé objetiva[39]. Posteriormente, o Enunciado 169 aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, tratou do tema, ao dispor, acerca do art. 422 do Código Civil, que "o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo". Ainda, recentíssimo enunciado de número 629, aprovado pela VIII Jornada de Direito Civil, ocorrida em abril de 2018, corroborou a admissão do *duty to mitigate the loss* pela doutrina nacional, ao dispor que "a indenização não inclui os prejuízos agravados, nem os que poderiam ser evitados ou reduzidos mediante esforço razoável da vítima. Os custos da mitigação devem ser considerados no cálculo da indenização".

3. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

Certo é que o dever de mitigar os próprios prejuízos só se impõe quando seja razoável a realização da conduta por parte do devedor. Não se pode impingir o credor a praticar conduta arriscada com o fito de pôr fim ou minimizar um prejuízo a que o devedor deu causa. Admitir tal imposição levaria a uma inversão de papéis dos sujeitos da relação contratual de modo a amesquinhar o adimplemento contratual: sabedor da diminuição (ou mesmo exclusão) de sua responsabilidade pelo inadimplemento contratual, o devedor veria no descumprimento de sua prestação uma vantagem sempre que, *a priori*, visualizasse a possibilidade – ainda que de difícil realização - de o credor minimizar seus próprios prejuízos. Noutro giro, a depender do contexto contratual, poderia caber ao credor:

> i) inspecionar a qualidade do produto entregue, quando seu grau de pureza e especificação são importantes, antes de iniciar sua utilização; ii) consertar, por conta própria ou por terceiro, o produto defeituoso em vez de deixá-lo sem utilização e suportando crescentes lucros cessantes; iii) renegociar as condições de outros negócios que dependiam do cumprimento da primeira avença para serem executados ou concluídos. iv) renegociar as condições do contrato com a própria parte inadimplente quando, independente de novação, ela propõe uma alternativa mais vantajosa do que as disponíveis no mercado; v) contratar fornecedor temporário durante o período de mora do contratante principal, etc[40].

A partir da análise da aplicação do *duty do mitigate the loss* pelos tribunais brasileiros[41], é possível inferir algumas constatações e indagações acerca das circunstâncias de aplicação do instituto. Cabe, então, rememorar a pergunta que motivou

o presente artigo: apto que é a reduzir o valor da reparação inicialmente pleiteado pelo credor prejudicado pelo inadimplemento, iria o instituto jurídico em estudo de encontro ao princípio constitucional da reparação integral? Não se pode responder tal indagação sem, contudo, perpassar por (breve) análise dos elementos da responsabilidade civil e seus contornos diante da aplicação do referido instituto.

O giro conceitual da responsabilidade civil apontado por Orlando Gomes retira o protagonismo do ofensor e o repassa à vítima da lesão, de modo que se observa um deslocamento gradual do foco do instituto do ato ilícito para o dano injusto[42]. Essa expressiva alteração de paradigma propicia expansão quantitativa e qualitativa das hipóteses ensejadoras de danos passíveis de reparação civil. Explica-se: a expansão é quantitativa em virtude da substancial propositura de ações pleiteando a reparação por danos ressarcíveis - notadamente os danos morais - e, também, qualitativa, eis que progressivamente novos interesses passam a ser tidos como merecedores de tutela e, por conseguinte, objeto de reparação civil[43].

O princípio da reparação integral, de lastro constitucional (art. 5º, incisos V e X, CF), preceitua que deve a vítima da lesão ser totalmente reparada dos danos injustos que vier a sofrer, sejam eles de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. De outra face, admitir a aplicação do dever do credor de mitigar os próprios prejuízos provenientes do inadimplemento traria por consequência a redução da reparação a que faria jus. Ainda, salutar lembrar que o referido princípio tem aplicação em sede de responsabilidade extracontratual ou contratual. Em que pesem as fortes vozes doutrinárias a rechaçar aspectos da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual[44] – com as quais se concorda -, cabe mencionar que a responsabilidade civil, dentro dos contornos da problemática deste artigo, mais corresponderia à contratual.

Como claro exemplo de mitigação da reparação integral em sede de responsabilidade civil contratual, a cláusula penal é disciplinada no Código Civil entre os artigos 408 e 416. Vê-se, pois, que a própria proporcionalidade entre dano e reparação pode ser posta em xeque a partir da aplicação da cláusula penal em sua modalidade compensatória. Prevista no art. 411 do Código Civil, é um instrumento de que se utiliza o credor para perseguir a execução específica da obrigação, podendo, ainda, ser cumulada com a indenização, prefixando o montante do prejuízo percebido pelo credor[45]. Acerca da cláusula penal, António Pinto Monteiro assevera que:

> A lei considera como cláusula penal toda e qualquer *liquidação antecipada do dano*, desde que seja feita em termos invariáveis. Assim, a cláusula penal não foi concebida como instituto destinado a *reforçar* a posição do credor, antes como figura que pode aproveitar *a qualquer* dos contraentes, dado o carácter *aleatório* inerente a uma liquidação antecipada[46].

Vê-se, pois, que a admissão da cláusula penal em sede de responsabilidade civil contratual revela que mesmo o dano, elemento essencial da responsabilidade civil[47-48], pode esmorecer em sua integral reparação quando seu valor for previamente estabelecido por cláusula contratual.

Chega-se, então, ao segundo elemento da responsabilidade civil, foco principal desta breve análise: o nexo de causalidade. Pressuposto mais técnico e "mais delicado dos elementos da responsabilidade civil"[49], o nexo causal consiste, em linhas gerais, no vínculo estabelecido entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro[50].O nexo expressa relação entre a causa e o efeito, entre a conduta e o resultado.

A definição do nexo de causalidade ganha ainda mais relevantes contornos a partir do recrudescimento da responsabilidade civil objetiva. A dispensa da prova da culpa desloca para o nexo de causalidade o importante papel de filtro de hipóteses de responsabilidade civil, de modo que o liame causal revela-se como último pressuposto a ser preenchido – ou afastado, se for identificada alguma causa apta a rompê-lo – para a deflagração da responsabilidade objetiva.

> Embora ainda hoje isto, em alguma medida, se verifique na prática jurisprudencial, o advento da responsabilidade objetiva veio transformar radicalmente a atuação das cortes em geral, exigindo redobrada atenção na decisão acerca do nexo causal, cuja interrupção consiste, em tais hipóteses, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação. Assim, não apenas o convencimento acerca da causalidade perdeu seu antecedente moral justificador da responsabilização – a prova da culpa -, mas também toda a discussão, nas ações de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica de nexo causal[51].

Várias teorias erigiram-se no intuito de conceituar o pressuposto para responsabilidade civil em análise, dentre as quais se destacam a teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada, teoria da causa eficiente e teoria da causa direta e imediata. A origem da teoria da equivalência de condições remonta, consoante abalizada doutrina, aos estudos de Jhon Stuart Mill. Com efeito, em 1843, sob o título "*A system of logic*", Stuart Mill já afirmava que todas as condições seriam igualmente indispensáveis para a produção do consequente e, assim, o estabelecimento da causa seria incompleto se não fossem introduzidas, de uma ou outra forma, todas elas. Mesmo assim, afirma-se ter sido Von Buri que, inspirado no filósofo inglês, primeira a desenvolveu no campo do Direito.[52] Já segundo a teoria da causalidade adequada, surgida a partir do jurista alemão Ludwig von Bar e posteriormente aprofundada por Von Kries, causa é o antecedente não só necessário, mas adequado à produção do dano. Assim, ainda que haja diversas condições para causar o dano, somente será causa a que for mais adequada, em abstrato, à produção do resultado danoso. Essa teoria, a contrário da anterior, faz distinção entre as causas mais e menos importantes para a produção do dano, de modo que só será causa a mais relevante (adequada) à produção do resultado.

Na Alemanha, desenvolveu-se a teoria da causa eficiente – também denominada teoria da condição mais eficaz ou mais ativa -, segundo a qual não mais interessa o acontecimento que precedeu imediatamente o dano, senão aquele que estabeleceu a relação causal de maior grau de eficiência no resultado"[53]. Por fim, para a teoria da causa direta e imediata, também referida como teoria do dano direto e imediato

ou, ainda, teoria da interrupção do nexo causal, seria causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem interferência de outras condições sucessivas.

A elasticidade conceitual de nexo causal e a indefinição da teoria adotada no Brasil[54] têm acarretado notável flexibilização desse elemento, de modo a abarcar cada vez mais situações ensejadoras de responsabilidade civil[55]. O giro conceitual apontado por Orlando Gomes também se desdobra sobre o nexo de causalidade enquanto pressuposto da responsabilidade civil, cujo conceito passa a ser flexibilizado a fim de permitir a efetivação do princípio da reparação integral[56].

Em sentido exatamente contrário ao da tendência apontada, ao se aplicar o dever de mitigar os próprios danos por inadimplemento contratual é o princípio da reparação integral que parece ser flexibilizado a partir de análise mais atenta ao nexo causal. Isso porque a inércia do credor pode dar ensejo à divisão do nexo causal em duas modalidades: aquela entre o inadimplemento e os danos daí provenientes e aquela, subsequente, entre a inércia do credor e os prejuízos advindos exclusivamente de sua passividade diante de prejuízos que, razoavelmente, poderia ter evitado. Com clareza pedagógica, explica-se:

> O devedor "D", por exemplo, ao inadimplir o contrato celebrado com "C", causa o dano "X", cuja causa necessária é o inadimplemento de "D". O credor "C", permanecendo inerte diante do inadimplemento, agrava seu prejuízo inicial, passando a sofrer "X + Y". A causa do acréscimo "Y" não é o inadimplemento de "D", mas a própria conduta omissiva de "C". Daí que "C" somente pode exigir "X" do devedor "D".[57]

Com efeito, diante de sua própria inércia, o credor não seria integralmente reparado no sentido de que não fazer jus à totalidade da reparação compreendida entre o momento da ação ou omissão do devedor apta a configurar o inadimplemento e o deslinde de todos os prejuízos daí resultantes. Antes, porém, limitar-se-ia a reparação do credor até o momento em que os prejuízos foram majorados não pelo inadimplemento, mas pela ausência de medidas razoáveis por ele adotadas[58].

O credor, ao não mitigar seus próprios prejuízos estaria, pois, a inaugurar nova cadeia de causalidade, de cujo dano seria ele, a uma só vez, causador e vítima. Partindo dessa premissa, a confluência das duas mencionadas posições na pessoa do credor não entra em confronto com o princípio da reparação integral, o qual permanece devendo ser aplicado quanto aos danos provocados pelo inadimplemento do devedor. Não se pode olvidar, porém, que se dos danos consequentes do inadimplemento for causa exclusiva a inércia do credor, estar-se-á, provavelmente, diante de fato exclusivo da vítima enquanto fator apto a romper o nexo causal. Em outras palavras: não se atribuindo mais a causa ao devedor, não se lhe atribui a responsabilidade civil.

Não se pode olvidar que, em que pese a flexibilização por que vem passando o nexo causal - a exemplo da distinção entre fortuito interno e externo como parâmetro para manutenção ou rompimento, respectivamente, do liame de causalidade -, a inserção

do dever de mitigar os próprios prejuízos como excludente deste pressuposto da responsabilidade civil não pode prescindir de cautelosa análise para sua aplicação.

CONCLUSÃO

O dever de mitigar os prejuízos é claro fruto da passagem da concepção da relação jurídica como ligação entre sujeitos para a ligação entre situações jurídicas subjetivas, da evolução de uma relação jurídica de subordinação para uma dinâmica de colaboração entre as partes contratuais, do inadimplemento como foco ao adimplemento como prioridade. Importante instrumento de compatibilização dos interesses contratuais aos valores constitucionais que é, o princípio a boa-fé objetiva é apto a recepcionar o *duty to mitigate the loss* e impor às partes contratantes a solidariedade constitucional expressa, na relação contratual, a partir da cooperação entre os ocupantes das situações jurídicas subjetivas. Mister é, no entanto, que a importação do instituto se dê com bastante cautela, pois a inserção de qualquer novo aspecto proveniente de ordenamento diverso geralmente demonstra peculiaridades só desvendadas a partir de um profícuo exame[59].

O presente artigo buscou fazer alguns apontamentos sobre a repercussão do dever de mitigação no nexo de causalidade, elemento salutar da responsabilidade civil. Tentou-se demonstrar que o credor, ao não mitigar seus próprios prejuízos estaria, pois, a inaugurar nova cadeia de causalidade, de cujo dano seria ele, a uma só vez, causador e vítima. Partindo dessa premissa, a confluência das duas mencionadas posições na pessoa do credor não entraria em confronto com o princípio da reparação integral, o qual permanece devendo ser aplicado em relação aos danos provocados pelo inadimplemento do devedor.

Mister apontar, mais, a imprescindibilidade da aplicação de critérios razoáveis para a verificação da inércia do credor diante da evitabilidade dos prejuízos, sob pena de subverter as papeis dos sujeitos ocupantes dos centros de interesses da relação contratual e impingir ao credor um dever que não condiga com o que razoavelmente dele se devia esperar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais*: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014), a qual se propõe a investigar a cláusula penal em seu aspecto e em consonância à perspectiva civil-constitucional.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: Novos estudos da teoria do direito*. Rio de Janeiro, Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico.* São Paulo: Edipro, 2011.

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

_____. *Danos à Pessoa Humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. A causa do contrato. Civilistica.com.Rio de Janeiro,a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/. Acesso em 02/06/2018.

BURNHAM, William. Introduction to the Law and legal system on the United States. 3. Ed. St. Paul, MN: West Group, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARPENA, Heloísa. "O abuso do direito no Código Civil de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional". In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARVALHO, Beatriz Veiga. *O "dever de mitigar danos" na responsabilidade contratual:* A Perspectiva do Direito Brasileiro. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações.* 7a edição (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. 8ª Reimpressão. Rio de Janeiro, FGV, 2013.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio:* aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. 2009

FARNSWORTH, Edward Allan. *Farnsworth on Contracts*, v. 3. 3ª edição. Nova York: Aspen, 2004.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. "Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?"*Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, vol. 19. Rio de Janeiro, jul/set 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil,* ano 13, v. 50. Rio de Janeiro, abr./jun. 2012.

_____; RENTERÍA, Pablo. "A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação". Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>, acesso em 29 de junho de 2015.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual.* São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado* – Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguileira. O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo III, Editora BookSeller, p. 374.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.
MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.
_____. *Rumos cruzados do direito civil pós–1988 e do constitucionalismo hoje*. In Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo: Atlas, 2008.
MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade.* Rio de Janeiro: GZ, 2009.
NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. "A convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *duty to mitigate the loss*". *Revista Jurídica*, ano 60, nº 422. São Paulo, dez., 2002.
NEGREIROS, Teresa. "O princípio da Boa-Fé Contratual". In: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, p, 76.
PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: Parte Geral, Tomo VI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: quid est et quo vadat?. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos/>. Acesso em 25/05/2018.
SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. *A intepretação do duty to mitigate the loss na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e sua recepção pelo direito civil brasileiro*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, v. 08, 2013.
SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.
TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem.*Disponível em<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3>, acesso em 29 de junho de 2015.
TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[1] MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do Direito Civil. In *Diálogos sobre direito civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 465.
[2] FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. *Rumos cruzados do direito civil pós–1988 e do constitucionalismo hoje*. In Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo: Atlas, 2008, p. 281.
[3] Quanto aos que entendem ser um "ônus", -e não um dever, ver, por todos: MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguileira. O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
[4] RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: quid est et quo vadat?. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos/>. Acesso em 25/05/2018.
[5] PERLINGIERII, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 732.
[6] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa-fé no direito civil. 5. Reimpresão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 593-594.
[7] PERLINGIERI, Pietro. o*p. cit.*, p. 734-735.
[8] Acerca da difusão da perspectiva funcionalista: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2006, p. 83.
[9] PERLINGIERI, Pietro. op. cit., p. 912-913.
[10] BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. Civilistica.com.Rio de Janeiro,a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/. Acesso em 02/06/2018.
[11] NALIN, Paulo. *Apontamentos críticos sobre o dano moral contratual*: enfoque a partir da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. In: Direito em Movimento. Curitiba: Juruá, 2008. p. 917
[12] KONDER, Carlos Nelson, RENTERÌA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais*: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, vol. II, p. 268.
[13] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. 8. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p 20-21.
[14] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* São Paulo: Edipro, 2011, p. 61.
[15] TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. Código *Civil interpretado*: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, vol. II, p. 17.
[16] NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 269.
[17] Art. 4º, III, e 51, IV, do CDC. Antes, porém, da edição do CDC, a boa-fé, sob aspecto ainda subjetivo, era prevista no art. 131 do Código Comercial como regra de interpretação contratual.
[18] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 412, 1999.
[19] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 104.
[20] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.
[21] MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 440.
[22] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo III, Editora BookSeller, p. 374.
[23] TEPEDINO, Gustavo. et. all. op. cit., p. 16.
[24] PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 20.
[25] TEPEDINO, Gustavo, et. all., op. cit. p. 17.
[26] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, 26. ed. (coord. Edvaldo Brito; Atual. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino), p. 29.
[27] KONDER, Carlos Nelson. *Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição*: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 50, 2012. p. 221.
[28] DIDIER JR., Fredie. *Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio*: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. 2009, p.42.
[29] LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 250p. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011, p. 22.

[30] LOPES, Christian Sahb Batista. op. cit., p. 17 e 18.
[31] LOPES, Christian Sahb Batista. op. cit., p. 25).
[32] LOPES, Christian Sahb Batista. op. cit., p. 20-21.
[33] Em tradução livre. No original: Injured parties are under an obligation to take reasonable steps to mitigate or minimize their damages to the extent that this can be done without "under risk, burden or humiliation". For example, when a seller fails to deliver components needed to manufacture a product, the manufacturer-buyer must try to get the components elsewhere if this can reasonably be done. This is called "cover" and if a price higher than the contract price must be paid, the difference is recoverable as damages. The buyer may not simply do nothing and let its manufacturing plan remain idle and then sue for the shutdown of production. The theory of mitigation is that the additional damages a non-mitigating injured party allows to accumulate are the fault of that party and not of the breaching party. (BURNHAM, William. Introduction to the Law and legal system on the United States. 3. ed. St. Paul, MN: West Group, 2002, p.403)
[34] Convention of International Sale of Goods.
[35] SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. *A intepretação do duty to mitigate the loss na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e sua recepção pelo direito civil brasileiro*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, v. 08, 2013. p. 01-30.
[36] FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? Revista Trimestral de Direito Civil, ano 5, vol. 19. Rio de Janeiro, jul/set 2004, p. 111-112.
[37] LOPES, Christian Sahb Batista. op. cit., p. 72-73.
[38] FRADERA, Véra Maria Jacob de. op. cit. Artigo este que também esteiou a justificativa da proposta do enunciado 169, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.
[39] Ibid.
[40] CARVALHO, Beatriz Veiga. O dever de mitigar danos da responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2014, p. 86
[41] Nesse sentido: STJ - AgInt no AREsp: 434813 PE 2013/0384760-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2017; STJ - REsp: 1201672 MS 2010/0133286-6, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 21/11/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2017.
[42] BODIN DE MORAES, op. cit., p. 179.
[43] SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84-85.
[44] Ver, por todos: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.
[45] Acerca da função da cláusula penal no Brasil, destaca-se a dissertação desenvolvida por Vivianne da Silveira Abílio (*Cláusulas penais*: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014), a qual se propõe a investigar a cláusula penal em seu aspecto e em consonância à perspectiva civil-constitucional.
[46] MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 581.
[47] "SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 502.
[48] Em que pese a ainda incipiente corrente que propugna pela possibilidade de responsabilidade civil sem dano, robusta doutrina ainda sustenta ser o dano elemento essencial à responsabilidade civil.
[49] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, p, 76.
[50] Adriano de Cupis (apud SCHREIBER, op. cit., p. 55).
[51] SCHREIBER, op. cit., p. 56.
[52] CRUZ, op. cit., p. 37.
[53] CRUZ, op. cit., p. 58.
[54] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In ***Revista jurídica***, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002, p. 9.
[55] SCHREIBER, op. cit., p. 65-66.
[56] CRUZ, op. cit., p. 17-18). Para uma leitura acerca da abordagem do nexo causal presumido, v. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade.* Rio de Janeiro: GZ, 2009.
[57] RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. Op. cit., p. 10.
[58] Ibid. p. 8.

[59] KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. Revista Trimestral de Direito Civil, ano 13, v. 50, Rio de Janeiro, abr./jun. 2012, p. 218-219.

O NAMORO QUALIFICADO NA PERSPECTIVA DA UNIÃO ESTÁVEL

Rayla Rodrigues Santos[1]
Jaciara de Medeiros Alves Lucena Brandão[2]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo discutir a união estável como instituição familiar contemporânea, dados os novos arranjos dos modelos de família, analisando o namoro qualificado, com intuito de verificar se este, a depender do caso concreto, não pode ser considerada uma união estável, que perdura no tempo, que é pública e, que, pode ou não ter prole. Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa o dedutivo e caracteriza-se por ser uma pesquisa bibliográfica. Com a evolução dos tempos e com as novas modalidades de família, a união estável ainda tem relevância no ordenamento jurídico vigente, mas que não pode ser confundida com o namoro, instituição decorrente do relacionamento entre duas pessoas, unidas por laços afetivos e que almejam ou não, no futuro, constituir família.

PALAVRAS-CHAVE: NAMORO QUALIFICADO. UNIÃO ESTÁVEL. FAMÍLIA. MODELOS.

[1] Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos (FIP). E-mail: rayla.rsantos@gmail.com
[2] Mestra em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Docente das Faculdades Integradas de Patos (FIP). E-mail: jaciarademedeiros@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A família como instituição integrante e formadora da sociedade submeteu-se a diversas transformações ao longo da história. O conceito de família se limitava a um grupo de pessoas que, interligadas por ancestrais em comum, habitam o mesmo lugar. Hoje, esse antigo conceito passou por relevantes transformações que contribuíram para a inclusão social de diversos modelos familiares que antes eram excluídos pela sociedade e legislação, vistos como grupos menos favorecidos, onde o preconceito e a discriminação faziam parte da realidade social de cada indivíduo que neles se enquadravam. O conceito atual de família está diretamente ligado a Constituição Federal, pois se volta para valorização do indivíduo, reconhecendo a este a sua dignidade.

Com o advento do novo Código Civil de 2002, o direito de família, responsável por regular as relações pessoais no âmbito familiar, recebeu uma nova roupagem, inovando com questões voltadas para socioafetividade. A família protegida pelo antigo Código Civil de 1916 era patriarcal, constituída pelo vínculo consanguíneo, e o casamento civil era fundamental para se estabelecer a condição de família. O Código de 1916 era considerado individualista, com regras bizantinas, voltadas não para a família, mas para o chefe da família. Valorizava-se o indivíduo por aquilo que ele possuía. Surgiu, assim, uma nova uma visão mais humanitária do indivíduo. A família passou a ser constituída por meio do vínculo socioafetivo, sem a necessidade da formalização do matrimônio por meio do casamento. A filiação consanguínea deixa de ser obrigatória, passando a receber tratamento igualitário tanto os filhos biológicos como os havidos por adoção, e a diversidade obrigatória de gênero perde a proteção jurídica.

O instituto familiar é representado por diversos modelos familiares, ambos protegidos igualmente pela Constituição Federal. A sociedade atual dispõe de famílias tradicionais, compostas por marido, esposa e filhos; as homoafetivas, compostas por adultos que dispõe do mesmo sexo; as anaparentais, formadas sem a presença dos genitores; as monoparentais, lideradas por apenas um dos genitores; as eudemonistas, constituídas por vínculos de afeto e afinidade e a união estável, que consiste em uma união duradoura estabelecida com o objetivo de constituição familiar.

A união livre entre as pessoas sofria bastante restrições jurídicas no Diploma Civil de 1916 e às concubinas poucos direitos eram assegurados, uma vez que somente existia a família legítima, formada pelo casamento civil e a ilegítima formada da união livre entre homem e mulher e com impedimentos matrimoniais. O legislador constitucional de 1988, reconheceu tais uniões como família e a elas assegurou diversos direitos.

O namoro sempre existiu, porém com toda a mudança nos padrões sociais, muitos confundem tal relacionamento com a união estável e buscam o poder judiciário, para resolver demandas em que casais, muitas vezes, litigam acerca de bens patrimoniais havidos na duração do relacionamento, objetivando caracterizar o relacionamento do namoro em união estável em seus efeitos sociais e jurídicos. Esta é a problemática trazida pelo presente trabalho.

O artigo está subdivido em cinco seções a contar da introdução. Na primeira seção, aborda a família, delineando suscintamente o escorço histórico. Na segunda seção, voltou-se para os modelos de família atuais. Buscou-se a partir de pesquisas empíricas divulgadas na internet trazer dados sobre o assunto discutido.

Na terceira seção, tratou da união estável e o namoro, sob à égide do Superior Tribunal de Justiça, fazendo a distinção entre um e outro relacionamento. E, por fim, o arremate, com as considerações finais.

Para alcançar os objetivos utilizou-se como fundamento a doutrina, a lei, a jurisprudência, artigos científicos e matérias veiculadas em sites da internet, classificando-se como pesquisa bibliográfica e documental. Como natureza, tem-se uma pesquisa básica, pois a partir da curiosidade intelectual visa entender mais sobre o tema e gerar discussão não somente à área jurídica. Com relação ao método de abordagem, a pesquisa é qualitativa e o método científico usado foi o dedutivo.

2 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA

A instituição familiar é considerada a base da sociedade, como consta no artigo 226 da Constituição Federal e constitui o primeiro núcleo comunitário ao qual o indivíduo integra-se. O referido artigo faz referência também ao fato de que o estado tem o dever legal de dispensar proteção e assistência à família, de forma a impedir violências oriundas do âmbito de suas relações. O setor familiar, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 44), integra o grupo de institutos civilistas, tais como a propriedade e o contrato. O Código Civil, sob a perspectiva de Miguel Reale (2001, p 336), caracteriza-se por ser:

> Na verdade, a Lei Civil não considera os seres humanos enquanto se diversificam por seus títulos de cultura, ou por sua categoria social, mas enquanto são pessoas garantidamente situadas, com direitos e deveres, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc.

Por se fazer presente no dia a dia das pessoas regulando, além das relações patrimoniais, as relações familiares, o Direito Civil, especificamente o direito de família, tem sido submetido a constantes mudanças para suprir a necessidade legal dos novos arranjos familiares. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil foi submetido a ideias de dignidade, solidariedade e igualdade, onde as categorias civilistas são redefinidas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, como afirma Gonçalves (2015, p. 45). Após o ano de 1916, vários acontecimentos alteraram de maneira significativa vários setores da sociedade, entre eles, conforme Maria Helena Diniz (2012, p. 65.), o direito de família que sofreu influência da publicização dos conceitos reclamando a alteração das condições da mulher casada, em razão de sua promoção política e profissional, a inclusão dos preceitos concernentes a separação judicial e divórcio, assim como o uma maior atenção aos efeitos da união estável.

A perspectiva civil-constitucional contribuiu para a nova roupagem do direito de família. Ao longo dos anos o modelo de família adotado pela sociedade passou por diversas transformações e estas são consequência de alterações sofridas no meio cultural, social e profissional daqueles que compõem este núcleo, de forma a perceber que essas alterações contribuíram para a evolução do que hoje é considerado família.

Sobre análise realizada no texto legal do antigo Código Civil de 1916, afirma Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.46) que a família era considerada legítima por meio do casamento, considerando aquelas famílias constituídas fora do matrimônio como ilegítimas. Da mesma forma, os filhos que procediam de relações extramatrimoniais, eram também considerados ilegítimos e não tinham a filiação assegurada por lei. O casamento civil era ato fundamental para o reconhecimento da família. O modelo familiar patriarcal dominou a sociedade, que era basicamente rural, até meados do séc. XVIII e XIX, quando se iniciou e potencializou-se a Revolução Industrial.

A família patriarcal era composta por vários indivíduos, sendo possíveis duas ou três gerações em uma mesma moradia. Caracterizava-se pela autoridade e hierarquia de gênero e idade, onde as mulheres deviam obediência aos homens e os jovens aos mais velhos. A figura feminina era tida como inferior e estava sempre em subordinação ao sexo oposto, como consta na análise feita pela revista online Leia S.F. F[3] (2014, p. 6) "Uma visão sociológica sobre a família". Segundo pesquisa exposta no site Iba Mendes[4], o casamento era considerado algo extremamente importante para as jovens e por esse motivo:

> A menina ficava a espera de um marido que, evidentemente, seria escolhido por seu pai. Podia ser um homem com idade que variava de trinta a setenta anos, que passaria a ser o novo senhor da jovem. Não significa, entretanto, que sua sexualidade seria vivida de forma plena. A lascívia entre marido e mulher era condenada pela igreja. O casamento tinha uma função destinada exclusivamente à reprodução, o que levava o homem a viver o erotismo do sexo com outras mulheres, principalmente as escravas.

O modelo patriarcal de família começa a ser dissolvido em razão das mudanças sociais provocadas pela Revolução Industrial, surgindo o modelo nuclear de família, onde a instituição passa a ser composta por um número restrito de indivíduos, interligados ou não pelo vínculo consanguíneo e sem a necessidade do casamento civil para o reconhecimento da família. Como se pode observar, a sociedade é constantemente mutável.

Paulo Nader (2016, p. 3-5) leciona que a família como instituição que integra essa sociedade, também está submetida a constantes transformações e é necessário que o ordenamento se molde aos novos modelos familiares. Por isso mesmo, é complexo

[3]Disponível em: http://escolas.madeira-edu.pt/LinkClick.aspx?fileticket=mLZEi9-uujE%3D&tabid=15006&mid=44317. Acesso em 28 mai.2018

[4] Disponível em: http://www.ibamendes.com/2010/12/sociedade-patriarcal-brasileira-e.html. Acesso em 28 mai.2018

conceituar o que seja família, especialmente diante da evolução dos costumes e da própria evolução da sociedade e das relações interpessoais. O Código Civil não faz essa conceituação. Com efeito, família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa, com o propósito de desenvolver entre seus membros, a solidariedade assistencial e da convivência. Podem descender uma da outra ou de um tronco comum e podem ser formadas pelo conjunto das relações geradas pelo casamento, ou por outras entidades familiares. Mas a sociedade doméstica, ou seja, aquela constituída pode laços de parentesco tem sua importância em declínio, posto que na atualidade, reconhece-se o parentesco advindo de vínculos de afetividade.

Para Maria Berenice Dias (2007, p. 41), o novo modelo de família encontra fundamento em alguns pilares como a repersonalização, a afetividade, a pluralidade e o eudemonismo, em que sua existência se encontra justificada se ela contribui para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da sociedade.

Inconteste é que, sociedade contemporânea, pode-se detectar e diferenciar facilmente alguns modelos de família, reconhecidos pela Constituição Federal e aceitos pela sociedade e em que todos esses modelos, a tutela do Estado deve ser igualitária, sob o crivo de se cometer injustiças. Abaixo, discorre-se sobre alguns.

3 DOS MODELOS DE FAMÍLIA

Como já foi asseverado a família sofreu alterações ao longo dos anos. Sem adentrar na evolução legislativa, a Constituição Federal prevê expressamente três modelos de família: a) aquela decorrente do casamento, b) a família decorrente da união estável e c) a família decorrente do vínculo entre um dos genitores e sua prole. Não obstante, já são admitidos outros modelos de família e que, igualmente, devem receber a tutela estatal. Assim, tem-se que o conceito de família foi pluralizado, que não mais está atrelado à celebração do matrimônio.

Entre os modelos atuais de família, persiste o modelo tradicional que consiste na união de dois adultos de sexo diferente, que unidos pelo casamento, convivem com seus filhos. O casamento, de acordo com o artigo 1.511 do CC/2002, estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, e se realiza no momento em que o homem e a mulher (com adaptação pela resolução n. 175 de 14 de maio de 2013, se estendendo a pessoas do mesmo sexo) manifestam perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, como trata o artigo 1.514 da legislação civil.

Como pode ser observado, o modelo tradicional de família constituído por meio do casamento alcançou uma modernização. Hoje, o casamento constitui um ato de vontade de ambos os cônjuges, diferente do que acontecia na família patriarcal.

Outra mudança significa presente neste modelo familiar é a posição da mulher ganhando espaço como chefe de família. O número de mulheres assumindo esse papel cresceu ao longo de uma década e meia, como consta em pesquisa realizada pelo site Época Negócios. De acordo com estudos elaborados pelos demógrafos Suzana Cavenaghi e José Eustáquio Diniz Alves[5], o número de lares chefiados por mulheres no ano de 2001 era de 14,1 milhões, entretanto houve um crescimento significativo neste número resultando, no ano de 2015 em um aumento de 105%, configurando assim, 28,9% milhões de lares chefiados por mulheres. Ainda analisando a pesquisa disponibilizada pelo site, o demógrafo José Eustáquio explica que essa é uma mudança importante, pois a mulher passa a ser chefe por reconhecimento e não por necessidade. Desta maneira, se dissolve a visão antiga e patriarcal de parte da sociedade, onde apenas o homem era responsável por chefiar a família.

Outro tipo de família adotado pela sociedade e reconhecido pela Constituição Federal são os núcleos familiares monoparentais, previstos no §4º do artigo 226. Esse modelo consiste em famílias formadas por qualquer dos pais e seus descendentes. De acordo com a análise sociológica sobre a família realizada pela revista online LEIA S. F. F (2014), as famílias monoparentais são assim constituídas em razão de divórcio, viuvez ou geração independente. De acordo com pesquisa disponibilizada no site G1[6]:

> Em 10 anos, o Brasil ganhou 1,1 milhão de famílias compostas por mães solteiras. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2005, o país tinha 10,5 milhões de famílias de mulheres sem cônjuge e com filhos, morando ou não com outros parentes. Já os dados de 2015, os mais recentes do instituto, apontam 11,6 milhões de arranjos familiares.

A pesquisa relata ainda, que apesar do resultado absoluto o número de famílias formadas por mães solteiras baixou tendo em vista os outros modelos familiares que cresceram na mesma proporção. Ainda sobre essa questão, a pesquisa aponta que o número de mães solteiras no ano de 2015 era de 26,8% das famílias com filhos, enquanto que o número de pais solteiros era de apenas 3,6%. Segundo a pesquisadora, esse percentual se dá por questões culturais, que refletem uma sociedade machista.

Não se pode esquecer de um outro modelo de família contemporâneo que é o homoafetivo, que consiste numa família formada por pessoas do mesmo sexo que decidem viver o matrimônio. Maria Berenice Dias (2005, p. 17) declara que a homossexualidade existe e sempre existiu, mas marcada pelo estigma social, é marginalizada por se afastar dos padrões de comportamento convencional.

A equiparação aos casais heterossexuais no tangente ao reconhecimento desses direitos, só surgiu a partir da Resolução de nº 175 do CNJ. Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a resolução de nº 175 que impede as autoridades de se recusarem a habilitar celebração de casamento civil ou conversão de

[5] Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/03/em-15-anos-numero-de-familias-chefiadas-por-mulheres-mais-que-dobra.html. Acesso em 29 mai.2018

[6] Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml. Acesso em 29 mai.2018

união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Pouco mais de três anos após a aprovação da resolução, o site do Conselho Nacional de Justiça[7] publicou uma pesquisa que afirma que o IBGE tinha contabilizado mais de 8.500 casamentos homoafetivos. A mesma publicação fez referência à decisão tomada pelo STF em 2011, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo a estes os mesmo direitos e deveres concedidos aos companheiros na união entre homem e mulher.

Em pesquisa mais recente divulgada pelo site O Globo[8], o número de casais homoafetivos que formalizaram o matrimônio desde a aprovação da Resolução até o ano de 2017 era de 19.522. Entretanto, esse percentual só representava 0,45% do total de uniões registradas neste período. Na pesquisa, a gerente de registro civil do IBGE diz que a crise econômica pode ter afetado a formalização. Diante de todo este cenário de luta por direitos, percebemos aqui a adaptação do Direito às novas realidades sociais e ao analisarmos esse modelo de família podemos também observar a mudança de paradigma da sociedade que tem aceitado e reconhecido o direito à família aos casais homoafetivos.

Outro modelo de instituição familiar é o anaparental. De acordo com o Informativo Jurisprudencial nº 0.500 do Superior Tribunal de Justiça, a família anaparental consiste em um núcleo familiar formado por um grupo de filhos sem a presença dos ascendentes. Afirma-se ainda no referido dispositivo, que se comprovando a existência de vínculos subjetivos que remetem à família, merecem o mesmo status dos grupos familiares presentes no §2° do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O informativo Jurisprudencial ainda dispõe sobre a possibilidade dos componentes do núcleo familiar anaparental praticarem juntos o ato de adoção. Os requisitos necessários são subjetivos, voltados para a existência de laços afetivos, compartilhamento de ideias, solidariedade psicológica, social e financeira que, assim, demonstram a intenção de vida em família e sejam capazes de formar um núcleo familiar estável. A família anaparental pode ser formada por irmãos, tios e sobrinhos, avós e netos, todos ligados pelo vínculo afetivo.

Um modelo familiar que teve seu reconhecimento com o advento da Constituição Federal de 1988 foi o modelo eudemonista. Este núcleo familiar é representado pela construção da família com base no vínculo afetivo. Segundo Paulo Lobo (2014, p 29), "a família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva". Eudemonismo, de acordo com o dicionário, significa a busca por uma vida feliz. Desse modo, nota-se que esse modelo de família é indiscutivelmente constitucional, pois consegue alcançar e suprir as necessidades do indivíduo como ser digno.

[7] Disponível em http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82813-ibge-contabiliza-mais-de-8-500-casamentos-homoafetivos-desde-regra-do-cnj. Acesso em 28 mai.2018

[8] Disponível em https://oglobo.globo.com/sociedade/ibge-apenas-045-dos-casamentos-realizados-no-pais-homoafetivo-22071234. Acesso em 28 mai.2018

4 A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO QUALIFICADO

Feitas essas considerações acerca da família e dos modelos de família, é importante se dedicar a união estável, limitando-se a traçar um esboço acerca do seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro e enfocando na problemática do presente trabalho, ou seja, se o namoro pode ser configurado como união estável.

A história revela que na fase primitiva do ser humano, as relações entre homem e mulher não exigia o dever de fidelidade e as uniões aconteciam com a finalidade de procriação. A perenização das uniões surgiu com a própria evolução dos indivíduos, que se formavam em grupos e se socializavam entre si, mas o sentido de família se deu em virtude das imposições religiosas e como a necessidade de proteção legal pelo Estado (RIZZARDO, 2014, p. 829).

Rolf Madaleno(2018, p. 1.128) enfatiza que o Código Civil de 1916 se mostrava contrário às relações livres entre homem e mulher, denominadas à época, de concubinato, existindo diversos dispositivos que proibiam doações do cônjuge adúltero ao amásio e outorgando à mulher casada legitimidade processual para reivindicar os bens comuns doados ou transferidos à concubina, como impedindo sua instituição como beneficiária de seguro de vida. Com o passar do tempo foram editadas leis que concediam direitos às companheiras, a exemplo do Decreto-Lei nº 4.737/42 (reconhecimento dos filhos naturais e extraconjugais para fins alimentares), a Lei nº 5.890/73 (designação da companheira como beneficiária da Previdência Social), a Lei nº 4.862/65 (consideração da companheira como dependente para fins de imposto de renda), dentre tantas outras.

Já Arnaldo Rizzardo(2014, p. 830) elucida que a definição de união estável está prevista na Constituição Federal, no artigo 226, §6º, ao prever que se considera como entidade familiar a união estável havida entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. A Lei nº 8.971/94 que trouxe os requisitos para a sua configuração, estabelecendo a condição de convivência entre mulher e homem, desde que solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, por mais de cinco anos, ou que dessa relação tenha havido filhos, requisitos antes necessários à concessão de alimentos e que foram estendidos ao direito sucessório. Mas foram as modificações advindas da Lei nº 9.278/96 que impôs como condição a convivência duradoura, pública e contínua à união estável.

Ao conceituar a união estável Rodrigo da Cunha Pereira (2015a, p. 698 e p.199) ensina que “é a convivência more uxuorio, ou me- lhor, é a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil”. Não há um conceito determinado para união estável, uma vez que a sua configuração depende de elementos subjetivos, consubstanciado na vontade de constituir família e relacionamento recíproco e elementos objetivos baseados na convivência que perdura no tempo e em caráter de continuidade.

Na esteira da Constituição Federal, o Código Civil/2002 regula a matéria no artigo 1.723, reconhecendo como entidade familiar a união entre homem e mulher que tenham convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida para a constituição de família, não sendo necessário que essa união tenha se dado pelo tempo de 5 anos.

O dispositivo exige que haja união entre um homem e uma mulher, cujo texto é inapropriado no contexto atual,tendo em vista que a Carta Magna equiparou a união estável ao casamento, que já não mais exige diversidade de gênero, sendo tal união reconhecida às relações homoafetivas.

Analisando os requisitos da União estável, Paulo Nader (2016, p. 566) aduz que a convivência da união estável necessita ser pública, sendo dispensável que os conviventes tenham vida social, participando de eventos e festas, mas que se apresente para parentes e vizinhos como companheiros ou cônjuges. O que exclui relacionamentos furtivos, sigilosos, típicos da relação entre amantes que não desejam ser notados pela sociedade. Não é preciso que haja coabitação, desde que se identifique comunhão de vida, tanto que a lei civil não estabelece tempo mínimo de convivência, mas esta deve ter a durabilidade necessária para que crie vínculo afetivo entre os conviventes. Esse vínculo é o que constitui uma família e esta existe quando os elos ultrapassam as motivações materiais. Para a configuração da união estável, dispensa-se, também, a formação da prole.

Por seu turno, Flávio Tartuce (2017, p 332) orienta que:

> Os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso "dar um tempo" que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (animus familiae). Para a configuração dessa intenção de família, entram em cena o tratamento dos companheiros (tractatus), bem como o reconhecimento social de seu estado (reputatio). Nota-se, assim, a utilização dos clássicos critérios para a configuração da posse de estado de casados também para a união estável.

É certo que não mais se exige o prazo de 5 anos de convivência duradoura, mas para a configuração da união estável, deve-se analisar um relacionamento em que se tenha havido certa durabilidade, pois, embora seja subjetivo averiguar o objetivo da relação tida como conjugal, exigindo razoabilidade e bom senso, conforme o caso, não se aplica aos relacionamentos de curta duração, eventuais e passageiros.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo (2014, p. 827) esclarece que "para a caracterização da união estável, necessária a sua duração por alguns anos, revelando-se consolidada no tempo, de modo a se apresentar como uma unidade familiar firme, estabelecida e duradoura [...]". Por outro lado, não se reconhece a união estável quando presentes algum dos impedimentos para casar, elencados no artigo 1.521, do CC. Assim, não configura união estável entre ascendentes com descendentes, entre os afins em linha reta, entre irmãos ou entre pessoas casadas.

Não se pode, todavia, confundir união estável como o namoro. Na atualidade não é raro observar relacionamentos amorosos, que duram há bastante tempo, que são públicos e notórios para toda a sociedade e é mantido entre pessoas que não ostentam nenhum dos impedimentos matrimoniais. A diferença entre um e outro está no intuito de constituir família (requisito subjetivo), uma vez que aqueles que vivem em união estável, têm o objetivo de formar uma família, enquanto no namoro não.

Se há o objetivo de constituir família no futuro é o caso do noivado, mas não união estável, pois nesta o casal precisa estar na posse do estado de casados, ou seja, viver como se fossem efetivamente casados, em que há assistência material, moral e emocional recíproca.

Observando os requisitos apresentados pelo Código Civil/2002 para configuração da união estável, expressamente citados no art. 1.723, podemos constatar que os mesmos são de caráter subjetivo. A união estável passa a ser reconhecida como entidade familiar quando se configura na convivência pública, contínua e duradoura, sendo estabelecida com o objetivo de constituição de família. A subjetividade se refere aquilo pertencente ao íntimo do indivíduo. Algo imaterial, que caracteriza o sujeito em sua essência, de forma pessoal e particular.

Devido o seu caráter subjetivo, Flávio Tartuce (2018), em texto "União estável e namoro qualificado" publicado em 28 de março deste ano no site Migalhas, afirma que as "dispensas de formalidades, ao contrário do que ocorre com o casamento, tem variado muito a jurisprudência no enquadramento da união estável". O requisito que se tem levado em consideração para qualificação ou não deste núcleo familiar é o objetivo de constituição de família que deve existir entre os indivíduos. Diante do exposto, faz-se necessária a observação do caso concreto, pois inexistindo o desejo de estabelecer a família no presente, a relação se enquadra no que reconhecemos hoje como namoro qualificado. O autor caracteriza o namoro qualificado como sendo "aquele que se prolonga por muito tempo, mas não chega a apresentar todos os requisitos essenciais para que a família presente esteja configurada".

Vale salientar que o namoro qualificado difere do namoro comum, onde, segundo Euclídes de Oliveira (pág., 14), o namoro puro e simples não traz consequências jurídicas, além daquelas que se aplicam a relações que se encontram na fase do ficar, em que as chances da uma gestação indesejada são maiores e, com isso, leva-se ao reconhecimento da filiação paterna e demais obrigações decorrentes. Além de que essa situação pode conduzir os namorados a uma antecipação do casamento, seja por pressões morais, seja pelas próprias famílias.

Namoro qualificado assemelha-se a união estável, entretanto não se configura como tal, como nos explica Zeno Veloso (2018, pág. 313):

> O namoro implica, igualmente, convivência íntima – inclusive, sexual –, os namorados coabitam, frequentam as respectivas casas, comparecem a eventos sociais, viajam juntos, demonstram para os de seu meio social ou profissional que entre os dois há uma afetividade, um relacionamento amoroso. E quanto a esses aspectos, ou elementos

> externos, objetivos, a situação pode se assemelhar – e muito – a uma união estável. Parece, mas não é! Pois falta um elemento imprescindível da entidade familiar, o elemento interior, anímico, subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de 'namoro qualificado', os namorados, por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis.* Ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo do tal namoro qualificado –, não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo.

Apesar de ser considerada uma discussão recente entre os doutrinadores do Direito, o namoro qualificado é um modelo de relacionamento bastante presente na sociedade atual e passou a ter relevância jurídica. No ano de 2015 o Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 1.454.643 - RJ (2014/0067781-5), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, julgou uma ação de reconhecimento e dissolução da união estável de um casal de namorados. A namorada ajuizou uma ação para reconhecimento de união estável nos dois anos anteriores ao casamento, onde o namorado adquiriu com o seu próprio patrimônio um imóvel que seria utilizado pelo casal quando futuramente constituíssem família. A ação tinha como pedido a partilha do imóvel, levando em consideração o fato de manterem durante o relacionamento a união estável.

O motivo alegado para o reconhecimento da união estável foi o fato de existir um desejo de estabelecer futuramente uma família e o fato do casal ter coabitado durante o período em que ambos se deslocaram para o exterior, por motivos de estudo e trabalho.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu contrário ao reconhecimento da união estável por inexistência da presente constituição de família. Ambos tinham apenas o desejo futuro de estabelecer o núcleo familiar, entretanto não conviviam como uma família. O fato de ambos morarem juntos, também não foi levado em consideração, tendo em vista que a coabitação surgiu por interesses individuais, como o trabalho e o estudo. Desta maneira, o Superior Tribunal de Justiça chegou à conclusão de que o casal não viveu uma união estável, mas sim um namoro qualificado, onde existia a intenção futura de se construir uma família. Assim, o pedido de partilha do bem foi negado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário atual, não mais se pode ter um conceito de família engessado e enraizado a antigos padrões sociais, religiosos e éticos. Não mais é aceitável a ideia de família baseada em laços matrimoniais, somente. Por isso mesmo, a conceituação de família ou famílias é social e juridicamente complexo. O modelo patriarcal de outros

tempos, em que o homem era tido como o líder, o chefe da família, não mais vigora. A família contemporânea é uma instituição e deve levar em consideração caracteres como a igualdade, o amor e a liberdade. Não há necessidade de haver filhos da relação entre duas pessoas, para que seja considerada uma família, assim, também, desnecessário que ela seja formada por pessoas de sexos distintos.

Por outro lado, a convivência entre duas pessoas que seja duradoura e tenha sido estabelecida com o objetivo de constituir família, a denominada união estável, também é tema que sofreu avanços no país. Não mais se tem como união estável, aquela concebida sob os pressupostos do Código Civil, pois não é necessário, por exemplo, que a convivência seja sob o mesmo teto, admitindo que os conviventes vivam em residências distintas. Também, não é necessário que os conviventes tenham gerado filhos dessa união. O cerne da questão é distinguir a união estável do simples namoro.

Com efeito, a visão social do namoro sofreu alterações ao longo do tempo. Antes os casais de namorados viviam um relacionamento mais fechado e reservado, atendendo assim as expectativas morais pregadas pela sociedade. Hoje, O namoro é vivenciado de forma mais aberta e liberal, como consequência das muitas alterações sofridas no meio social. Por ser o Direito fruto da sociedade, deve este caminhar ao lado desta para suprir assim as suas expectativas.

Entretanto, acostando-se à doutrina existente e a preceito jurisprudencial, não se pode erigir o namoro, mesmo que haja convivência entre os namorados, ao patamar da união estável, não devendo ser reconhecidos os efeitos jurídicos decorrentes desta última instituição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 mai.2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.454.643 - RJ (2014/0067781-5). Recorrente: M A B. Recorrido: P A DE O B. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Pub: 20/03/2015. Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150410-11.pdf. Acesso em 30 mai.2018

DIAS. Manual do Direito das Famílias. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: . Vol. 1: Teoria geral do direito civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

_____. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 13. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

LEIA S.F.F. Revista online. Coord. Alcino Nunes et al. Nº 39, novembro, 2014. Disponível em http://escolas.madeira-edu.pt/LinkClick.aspx?fileticket=mLZEi9-uujE%3D&tabid=15006&mid=44317. Acesso em 30 mai.2018

LÔBO, Paulo Direito Civil: Famílias, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Introdução ao estudo do direito. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Euclídes de. A escalada do afeto no direito de família: Ficar, namorar, conviver, casar. p. 14. -São Paulo. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf. Acesso em 29 mai.2018

REALE, Miguel Lições preliminares de direito. Ed. 22. tiragem, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões : ilustrado. São Paulo : Saraiva, 2015.

_____. Org. Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015

TARTUCE, Flávio Direito civil, v. 5 : Direito de Família. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. União estável e namoro qualificado. Família e sucessões. 2018. Disponível em http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI277227,71043-Uniao+estavel+e+namoro+qualificado. Acesso em 29 mai.2018

VELOSO, Zeno. Direito Civil: temas. Belém: ANOREGPA, 2018.

PAI TAMBÉM É QUEM CRIA: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE

Pedro Henrique Fernandes das Chagas*
Lívia Pitelli Zamarian Houaiss**

RESUMO: A parentalidade e a filiação podem ser conceituadas por diferentes perspectivas. Foi-se o tempo em que a família era definida a partir da sociedade matrimonial de um homem e uma mulher, e, apesar da tutela constitucional para diversas composições familiares, os vínculos de filiação ainda geram divergência nos tribunais brasileiros. O estudo parte do pressuposto de que, contemporaneamente, há diversas formas de se determinar o que é ser filho(a) – inclusive simultâneas –, já que, de fato, alguns indivíduos identificam como seus mais de um pai ou mais de uma mãe. Tais relações, contudo, só projetam efeitos jurídicos quando recebem chancela estatal. Através de análise crítica legal, doutrinária e jurisprudencial, buscou-se investigar os fundamentos e efeitos da multiparentalidade, perpassando pelos procedimentos, judicial e extrajudicial, para seu reconhecimento. Evidenciou-se progressos, mas apontou-se deficiências jurídicas na proteção democrática destas relações interpessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade. Direitos Fundamentais. Socioafetividade. Direito de Família. Prov. 63/17, CNJ.

* Discente do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ/IM). Membro do Grupo de pesquisa DIALOGOS (CAPES/CNPQ) na linha "Direito Civil além do Judiciário". E-mail: pedrohenriquefernandes@hotmail.com

** (orientadora) Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Professora assistente do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ/IM). Membro do Grupo de pesquisa DIALOGOS (CAPES/CNPQ) como pesquisadora responsável pela linha "Direito Civil além do Judiciário". E-mail: liviapzamarian@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a multiplicidade de parentalidades, registral e socioafetiva, reconhecidas jurídica e simultaneamente que, por se tratar de tema recente nos tribunais brasileiros e ainda carente de normatização desperta dúvidas, em especial, quanto a seus efeitos. Através de um viés crítico-analítico sobre os núcleos familiares e suas mais diversas formações, busca-se compreendê-los na atual interpretação pelo Direito brasileiro. Para isso, fez-se necessária a invocação dos textos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Com a evolução social, a aceitação, tanto jurídica, como fática, de um conceito mais abrangente de família foi se estabelecendo. Com essa diversificação dos modelos reais de família, surge a exigência de se diversificar a compreensão jurídica deste instituto. Assim, podem-se observar mudanças no ordenamento jurídico brasileiro que abarcam moldes mais democráticos, sobretudo na Constituição Federal de 1988 (CF) e na jurisprudência.

Popularmente se propaga que pai é quem cria, e tal ditado é aduzido para reafirmar a ideia de que a verdadeira paternidade é construída, ao longo do tempo, pelo afeto e pela responsabilidade econômica que um indivíduo tem com outro. Segundo esse entendimento, a filiação socioafetiva, portanto, prevaleceria à biológica. Contudo, atualmente, não mais é preciso que se defenda uma espécie de paternidade ou maternidade em detrimento da outra, haja vista ser a coexistência de parentalidades uma possibilidade. Por isso, pai e mãe, além dos que registram, também são os que criam vínculos afetivos e familiares.

Diante de distintos arranjos interpessoais, que são expressões da contemporaneidade, surge a necessidade de pensar se o âmbito jurídico traduz o que a realidade fática apresenta. Desta forma, reflexionar a possibilidade de reconhecimento jurídico da multiparentalidade – pela observação do significado e caracterização de cada espécie de parentalidade – é de grande relevância para compreender os direitos garantidos aos indivíduos inseridos neste contexto familiar.

O presente trabalho, inicialmente, discute os critérios que caracterizam e determinam os tipos de parentalidade e passa a evidenciar alegações doutrinárias e decisões de tribunais acerca dos possíveis efeitos jurídicos da multiparentalidade. Desta forma, busca-se estabelecer se a coexistência juridicamente reconhecida é viável e, em assim sendo, quais consequências pode ocasionar.

2 A CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA E AFETIVA DOS VÍNCULOS FAMILIARES

Foi-se o tempo em que a família seguia uma fórmula para sua composição. No século XXI, mais que nunca, novas possibilidades de arranjos parentais diferentes ganham destaque e importância frente a um antigo paradigma de construção familiar que há tempos vem se mostrando insuficiente para explicar tal instituição. Cediço é que, ao longo da história, a dinâmica familiar passou por frequentes variações. Mas afinal, o que é família?

O ordenamento jurídico pátrio não aduz a conceituação de família – o que acompanha a ideia de vínculos parentais fluídos –, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 25, tratado a noção de família natural como a comunidade composta pelos pais, ou por qualquer um destes, junto a seus descendentes (DIAS, 2010). Este entendimento traz consigo apenas uma visão concepcionista dos elos familiares. Ora, se o questionamento é, justamente, a complexidade e diversidade de características que definem um pai e uma mãe, a legislação não consegue contemplar o que é o ser família. Apesar de o ECA trazer vínculos de afinidade e afetividade no parágrafo único do acima citado dispositivo, o faz somente com finalidades limitadas como a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, por exemplo.

A coincidência genética não é mais fundamental para a análise dos vínculos familiares (MAIDANA, 2004). A caracterização da paternidade e da maternidade apenas considerando a concepção e a origem biológica limita a caracterização da própria parentalidade, que, na verdade, é muito mais densa. A exemplo disso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, parágrafo 6º, já garantia ao adotado os mesmos direitos dos filhos biológicos, além de proibir qualquer ato que descrimine tais filiações. Da mesma maneira, o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente atribuiu ao adotado os direitos da filiação, incluindo os sucessórios, ante a igualdade no direito hereditário entre o filho adotivo e o filho biológico.

Tal proteção é resultado de conquistas gradativas da família, antes inspirada pelo modelo patriarcal e matrimonializado dos textos constitucionais que foi sendo superado com o passar do tempo. Maria Amélia Belomo Castanho (2012) explica essa evolução constitucional da matéria. A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, preocupou-se com as questões da independência do país e deixou o cuidado da família a cargo das Ordenações Filipinas e da Igreja. Na Constituição de 1891, inaugurou-se o tratamento constitucional da família. Em seu texto se estabeleceu o reconhecimento do casamento civil como o único válido perante a República. Já as Constituições de 1934 e 1937 mantiveram a família sob proteção especial do Estado.

Em 1946, a Constituição inovou quanto à maternidade e à infância e, apesar de não se observar novidades com a Emenda Constitucional (EC) n. 1, a EC n. 9, datada de 1977, implementou oficialmente a dissolubilidade do casamento no ordenamento jurídico nacional, posteriormente regulamentado pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77). Contudo, a verdadeira guinada que descentralizou a caracterização de família pelo casamento se deu com a Constituição de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável, bem como deu abertura para outras formações como as famílias monoparentais, por exemplo.

A Constituição de 1988, de fato, trouxe importantes mudanças para o reconhecimento de distintas configurações familiares. Contudo, há de se ressaltar, ainda, que alguns dispositivos legais, mesmo que timidamente, já reconheciam as unidades familiares baseadas no afeto antes mesmo da Constituição Cidadã. Era o caso, por exemplo, do Decreto 2.681 de 1912 e da Lei n. 6.015 de 1973, que, respectivamente, concedeu o direito de indenização à concubina por morte de seu companheiro em decorrência de acidente em estradas de ferro e reconheceu a dependência econômica

dessa companheira para fins previdenciários e tributários. Outrossim, a Lei n. 6.515 de 1977, que possibilitou o reconhecimento de filhos tidos fora da sociedade conjugal, também representa alguns avanços anteriores a Constituição vigente (CRUZ, 2017).

Apesar da grande evolução, é importante reconhecer que a família é uma instituição dinâmica e que nem sempre o legislador, inclusive o constitucional, consegue adequadamente enfrentar todas suas especificidades e situações fáticas existentes, o que demanda do operador jurídico especial atenção à realidade social. (CASTANHO, 2012).

O que o contexto fático atual mostra é uma tendência em negar a subjugação dos membros da família ao poder paterno de outrora. Especialmente em composições em que o genitor dos filhos se afastou da convivência destes. Apesar da realidade social ainda se revelar muitas vezes machista e sexista, há uma crescente afirmação da figura materna como pilar sustentador familial. A conquista das mulheres ao mercado de trabalho – que fez a relação pai-prole se estreitar –, o direito ao divórcio, as novas formas de concepção adversas à relação sexual e a solidificação dos direitos das famílias homoafetivas, são alguns dos fatores histórico-sociais que ilustram a construção democrática dos vínculos familiares. Tais apontamentos se baseiam no diálogo e na linguagem, rompendo-se com a composição familial de outrora, fundada na procriação (WELTER, 2009).

Em alguns casos, como a monoparentalidade e anaparentalidade, outrossim, a situação fática acaba por não ser inédita; o que há de novo é o reconhecimento dessas configurações diversas enquanto famílias. Assim, para Maria Berenice Dias:

> A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade – que não se alterou – de criar os filhos frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem. (DIAS, 2009, p. 40).

Há de se considerar que todo esse pluralismo de convivências e novos arranjos interpessoais traduzem as organizações sociais e parentais brasileiras atuais e, até mesmo, de outrora. Considerar a presença do caráter afetivo como motivador dessas é de suma importância para o reconhecimento dos vínculos familiares.

Por conseguinte, não parece justa, nem gentil a constituição de um núcleo familiar em que seus membros não nutram sentimentos ternos e afáveis uns pelos outros, ainda que geneticamente estejam ligados. Assim sendo, a perspectiva do indivíduo em relação a quem afeta um sentimento paterno ou materno deve exercer papel fundamental na hora de se identificar quem fará parte de seu convívio familiar, bem como com quem juridicamente será vinculado.

A exemplo, nas uniões homoafetivas – reconhecidas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 – o agente legitimador da relação é o afeto, ao qual se reconhece a capacidade de guiar a construção de um vínculo familiar efetivo e

transformador. Reforça-se, desta forma, a noção que atual família é eudemonista (DIAS, 2009), fundada na filosofia da busca à felicidade de seus integrantes, independentemente de suas particularidades ou origem.

3 OS CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA(S) PARENTALIDADE(S)

Com a aceitação jurídica da família em suas mais variadas formas e o reconhecimento desta legitimação pela presença do afeto, que permeia não só a relação entre casais, mas entre os demais membros familiares, é inexorável reconhecer que são diversos também os vínculos paterno-filiais considerados, quais sejam biológico/natural, jurídico e afetivo. Apesar de haver diferenças pontuais entre cada um desses, certo é que, independente da classificação, cada relação parental faz jus a idêntica chancela e proteção estatais.

O reconhecimento jurídico da filiação, outrora determinado pela previsão legal do Código Civil de 1916 – que trazia, em seu art. 338, a presunção "quase instransponível" de paternidade ao marido da genitora –, foi substituído pelo critério biológico com o surgimento e difusão de mecanismos de mapeamento e investigação genética, como o exame de DNA. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Este exame, realizado com alto grau de confiabilidade, tanto *in vivo* como *post mortem*, ganhou status de principal meio probatório em ações de questionamento de paternidade, e passou a ser elemento determinante nas decisões judicias, a tal ponto de operar a relativização da coisa julgada de investigação anterior[1]

O determinador biológico da paternidade, pautado na concepção sexualmente estabelecida, logo mostrou-se insuficiente, principalmente ante os conceitos de família que passaram a ser gradativamente admitidos. Neste sentido, João Baptista Villela de forma pioneira já criticava a biologização das relações paterno filiais.

> As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividades e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. (VILLELA, 1979, p. 412).

O fator biológico não pode ser considerado o único e exclusivo fator na construção da filiação, já que ser "pai" ou ser "mãe", vai muito além de ser mero genitor, mas, como afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2017), envolvem uma condição com um significado espiritual mais profundo.

Paralelamente ao desenvolvimento e evolução das relações de filiação, a adoção, enquanto vinculo não biológico, mas civil, também passou por transformações e relegou a doutrina da situação irregular do menor, amparada no antigo Código de Menores de 1927, em prol do melhor interesse da criança e do adolescente com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

Sob a vigência da Constituição Federal de 1988, vigora a isonomia entre os filhos (DIAS, 2009, p. 99), e o filho adotado foi equiparado ao filho biológico do adotante, como aduz o texto constitucional em seu artigo 227, § 6º. Assim, não é permitido que conste observações que distingam o adotado e o registro de nascimento anterior à adoção passa a ser cancelado, como previsto no ECA, respectivamente, nos §§ 1º e 4º do artigo 47, por exemplo.

O reconhecimento do vínculo de paternidade ou maternidade traz consigo diversos deveres oriundos do poder familiar desses pais sobre os filhos, enquanto titulares de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e devendo ser assegurados seus desenvolvimentos físico, mental, moral, espiritual e social. Para isso, é dever da família, junto ao Estado e, também, à sociedade, a efetivação de tais direitos, dentre os quais estão listados a dignidade – cerne fundamental da Constituição Cidadã de 1988 – e a convivência familiar; seja com a própria, seja com uma substituta se aquela não houver.

Em consonância com a caracterização da criança e do adolescente pela atual legislação nacional, que os qualifica como sujeitos de direito, a preocupação com saúde mental e psicológica desses se mostra como uma maneira de assegurar que seu crescimento, tanto moral quanto emocional, será concebido adequadamente. A criança é um ser em constante desenvolvimento e tem direito a viver em um ambiente seguro e adequado a seu florescimento. Por esse motivo, é resguardado e legalmente garantido o convívio familiar.

Nota-se que a evolução da adoção caminhou no mesmo sentido da desbiologização da filiação, de modo a reconhecer que o tipo de vínculo existente deixou de ser preocupação principal, que se voltou para o cuidado em se garantir a essas crianças e adolescentes o ambiente familiar adequado para seu completo desenvolvimento digno, independentemente do tipo de ligação com seus pais.

Neste viés, critérios subjetivos que agregam essencial e substancialmente à formação de um indivíduo não podem deixar de ser considerados quando se trata da definição de um núcleo familiar. Ademais, é importante notar que o ato de querer dar afeto e criar um filho que não é biologicamente seu, é, há tempos, situação recorrente na sociedade brasileira, como denuncia a história, apontada por Marcílio:

> [...] a prática de criar filhos alheios sempre, em todos os tempos, foi amplamente difundida e aceita no Brasil. São inclusive raras as famílias brasileiras que, mesmo antes de existir o estatuto da adoção, não possuíam um filho de criação em seu seio. (MARCÍLIO, 1997, p. 68)

Nestas situações, não raras as vezes a legalização acaba sendo deixada de lado, seja por impedimentos legais ou desconhecimento e comodidade, gerando a irregular "adoção à brasileira"[2] ou a situação fática dos "filhos de criação", aos quais se destinam o mesmo cuidado e afeto que os demais filhos.

O argumento da socioafetividade, ainda que já anterior e basilarmente sustentado por João Baptista Villela, surge em livro de Luiz Edson Fachin (1992):

> A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social. (FACHIN, 1992, p.169).

O critério socioafetivo da paternidade é construído a partir da criação de laços afetuosos, estáveis e estabelecidos no cotidiano – alinhado a ideia do direito à convivência familiar. Como aponta Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 510), "[...] a posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais".

A afetividade aqui desempenha papel tão relevante na caracterização da filiação, a ponto de, mesmo quando não reconhecidas juridicamente, já desempenharem papel semelhante a formas legalmente reconhecidas, como relata Serejo (2006, p. 545-546): "[...] a identificação do pai de criação, da mãe de criação são realidades que se tornam ostensivas nas cidades interioranas, a ponto de um casamento entre irmãos desta categoria ser considerado um incesto". Aos poucos, essa forma de vínculo passou a ser reconhecida também judicialmente[3], "[...] caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva" (DIAS 2009, p. 338). Em suma, pode-se verificar que pai e mãe também são os que criam, sobretudo, laços de afetividade e carinho.

4 EFEITOS JURÍDICOS DA MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS

Afastar do núcleo parental quem agrega mais amor e gera mais estabilidade psicoemocional não corresponde às reais demandas da parcela populacional que vive a conjuntura desses arranjos diversificados de familiaridade. Desta forma, faz-se necessária uma interpretação afetiva de família para que não se exclua os vínculos preestabelecidos na realidade dos fatos. Nesse sentido:

> Parece permissível a duplicidade de vínculos materno e paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico pré-estabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 382-383).

Com tantas configurações distintas, não parece razoável, até mesmo pela experiência da biologização de outrora, reincidir-se no erro de limitar a um único critério para se definir de quem se é filho – ou o que é ser pai e mãe.

É preciso se reconhecer, a exemplo das expressões pregadas por Gagliano e Pamplona Filho (2017), uma paridade harmônica entre os tipos de vínculo, e não uma verticalidade opressora entre eles. As diferentes formas de paternidade não se anulam e não se confundem. Todas elas, porém, são iguais; não há prevalência de nenhuma delas (WELTER, 2009). Se de um lado, a paternidade e a maternidade socioafetivas não eximem

as responsabilidades paternas e maternas dos genitores – como afirmam os defensores da pluriparentalidade –; as paternidade e maternidade biológicas não têm o condão de apagar todos os laços afetuosos criados com o tempo. Os determinadores são distintos e as relações paterno e materno-filiais múltiplas de uma mesma pessoa devem ser reconhecidas.

Vide o exposto, o reconhecimento simultâneo de parentalidades biológica e socioafetiva é possível porque essas se baseiam em aspectos distintos e não excludentes, sendo, assim, passíveis de coexistência. De um lado, tem-se na filiação biológica a importância do desejo ao assentamento da ancestralidade genômica fundamentado nos direitos da personalidade individual; do outro, tem-se o peso dos elos afáveis correlacionados às condições sociais, fáticas e afetivas.

Ressalta-se que, como alertam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p.701), há de se atentar para o fato de a tese da pluripaternidade não se relacionar com determinação de uma relação paterno-filial nos casos de adoção por um casal homoafetivo, por exemplo. Nestes casos, restará o vínculo parental entre o filho e duas pessoas que se figurarão como pais, já que se extinguirá o vínculo biológico de forma definitiva por imposição legal (art. 41, ECA). Dessa forma, a coexistência das paternidades biológicas e socioafetiva, discutida no presente estudo, diz respeito a uma possibilidade de múltiplos vínculos parentais serem reconhecidos simultaneamente como tais.

Frente à preocupação de que o reconhecimento simultâneo de filiação biológica em casos em que a presença da filiação socioafetiva consolidada abriria precedente para requerimentos interesseiros, a jurisprudência pátria[4] mostra uma tendência dos tribunais a serem desfavoráveis à coexistência daquelas com a totalidade de direitos referentes a cada um dos vínculos paternos. No geral, para a decretação da paternidade, leva-se em consideração um ou outro critério determinador (biológico ou socioafetivo). Isso porque muito se acredita que, por trás dessa vontade de reconhecimento, há sempre um interesse patrimonial ou sucessório.

A título de ilustração, se houvesse um aumento no deferimento de coexistência de paternidades com todos os efeitos estendidos para ambos os vínculos paternais, um indivíduo registrado por seu pai de criação, e que nunca tenha sido registrado por seu pai biológico, nem nunca manteve contato ou vínculo afetivo algum com ele, poderia aduzir teses que corroborariam à declaração de múltipla paternidade para que o pai ausente seja concomitantemente reconhecido em seu registro civil apenas porque possui bens a serem herdados.

Por não se confundirem os vínculos familiares com os direitos da personalidade, a noção de que os efeitos daqueles – tais como a herança e os alimentos – devem estar alinhados com critérios socioafetivos, e não com aspectos biológicos. Este é entendimento de Farias e Rosenvald (2013), por exemplo, que é compartilhado em algumas decisões judiciais que chegam a reconhecer a paternidade biológica (direito da personalidade) mas não os efeitos patrimoniais e hereditários considerados como decorrentes dos vínculos afetivos e da convivência familiar.[5]

Flávio Tartuce (2016), ao analisar o cabimento de ação de investigação de paternidade, pleiteada por pai biológico em face de um indivíduo já figurado e registrado como filho socioafetivo de outrem, afirma que os efeitos jurídicos devem se restringir ao pai afetivo e registral, devendo o pleito autoral ser julgado parcialmente procedente em relação ao pai biológico para que, apenas, seja reconhecido o vínculo. A posição do autor denota, muito mais uma preocupação em garantir ao filho tão somente o conhecimento de sua origem genética.

Em sentido oposto, todavia, Maria Berenice Dias afirma que a pluripaternidade implica, necessariamente, em obrigações próprias da filiação e direitos hereditários em relação a todos os pais para com o filho. Assim, aduz:

> Não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (DIAS, 2009, p. 341).

A tese da autora é reforçada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017), que ao analisarem o quadro atual das decisões acerca da multiparentalidade, ressaltam que o reconhecimento da paternidade biológica sem prejuízo da paternidade socioafetiva pode se dar ainda que o genitor não mantenha vínculo afetivo com o filho ou, até mesmo, meramente para fins econômicos. Exemplificam, ainda, que pode um indivíduo ter direito a duas heranças se possuir registro de seus dois pais.

A conta do exposto, pode-se observar que o entendimento doutrinário caminha no sentido de admitir a coexistência de múltiplas parentalidades. Um ponto controvertido, entretanto, é a possibilidade de reconhecimento de a multiparentalidade produzir todos os seus efeitos jurídicos na relação entre pais e filho.

5 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE

A possibilidade de reconhecimento simultâneo das filiações biológica e socioafetiva já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O caso concreto decorreu de uma mulher, já registrada como filha de um pai socioafetivo, que ingressou com ação de investigação de paternidade para que também fosse reconhecida como filha de seu progenitor. Constatada a paternidade biológica pelo exame de DNA, a sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara de Família de Florianópolis reconheceu a pluripaternidade. Em segundo grau, a decisão foi mantida, porém, o pai biológico da autora continuou a sustentar a necessidade de prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica por meio do Recurso Extraordinário n. 898.060-SP, ao qual se reconheceu repercussão geral (tema 622).

Na apreciação do mérito, suscitando a admissibilidade de outras formas de entidades familiares independentes do casamento e, até mesmo o direito a busca pela felicidade presente em julgados anteriores na corte brasileira e em cortes estrangeiras,

negou-se provimento ao recurso, mantendo o acórdão recorrido e estabelecendo a dupla paternidade com todos os direitos intrínsecos à filiação.

Nos termos do voto do Ministro Relator Luiz Fux, afirmou-se:

> [...] Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário. [...] (BRASIL, 2016).

Nos termos do voto do relator, o Supremo Tribunal Federal fixou, assim, a tese jurídica para aplicação a casos semelhantes de que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (BRASIL, 2016). Tal feito, ademais, reconhece que a paternidade socioafetiva fática (sem declaração em registro civil) é juridicamente admissível.

Acompanhando a tese fixada pelo STF, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2018) o enunciado n. 632 reconhecendo efeitos jurídicos a tais relações filiais, como se vê: "Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna o filho terá direito a participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos". Tais efeitos devem ser reconhecidos como uma via de mão dupla, e também devem incidir em caso de sucessão do filho em favor dos múltiplos pais, como aduz o enunciado n. 642:

> Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018)

Apesar do ordenamento caminhar no sentido de ser possível a multiparentalidade, é imprescindível reconhecer que não é aplicável em todas as relações familiares. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o voto do relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, negou provimento ao recurso em que uma mulher pretendia assegurar a paternidade civil e socioafetiva no assento do registro de nascimento de sua filha. A turma entendeu que multipaternidade não é uma regra, mas que requer exame minucioso do caso concreto, "não sendo admissível que o Poder Judiciário compactue com uma pretensão contrária aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável" (STJ, 2018) [6].

No estudo social realizado no caso, quando em primeira instância, o pai biológico não demonstrou nenhuma vontade de manter um relacionamento com a criança, bem como não desejava registrá-la. Em contrapartida, o pai socioafetivo, que vivia em união estável com a mãe da menor, a registrou e com ela manteve vínculo paternal. Por conta disso, o ministro relator afirmou ser imprescindível a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que está ligado a doutrina da proteção integral adotada pelo ECA, frente à coexistência de parentalidades. "O melhor interesse da criança deve sempre ser a prioridade da família, do Estado e de toda a sociedade, devendo ser superada a regra de que a paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica, e vice-versa" (STJ, 2018).

De forma diligente, o ministro do STJ afirmou ser importante resguardar o direito da criança de, quando atingir a maioridade, requerer a inclusão do nome de seu pai biológico em seu registro civil. Isto porque o direito a filiação é personalíssimo e imprescritível, sendo condicionado ao interesse de seu titular. Para o relator, "as instâncias ordinárias entenderam que a demanda foi proposta exclusivamente no interesse da mãe" (STJ, 2018). Assim, se o desejar futuramente, poderá a filha requer o reconhecimento simultâneo de suas paternidades, biológica e socioafetiva.

Não de forma irrestrita, portanto, a multiparentalidade começa a ser uma realidade chancelada pelos tribunais brasileiros. Gradativamente, também, tem-se avançado em sua normatização, muito embora nem sempre com a acuidade técnica necessária. No final do ano de 2017, o Conselho Nacional de Justiça emitiu o Provimento n 63, em que autorizou o reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade socioafetivos no registro civil. Tal ato não destitui o vínculo paterno ou materno-filial outrora registrado, mas significa, a adição dos pais afetivos no registro, desatrelando a coexistência de parentalidades ao então necessário reconhecimento judicial.

As exigências materiais para o reconhecimento espontâneo e extrajudicial de parentalidade socioafetiva começam a ser delineadas no artigo 10 do referido provimento. Em seu §1º afirma será irrevogável a paternidade ou maternidade socioafetivas constituídas no assento do registro civil, razão pela qual, em eventual caso de "desconstituição", a judicialização é via única. Importante notar que, apesar do Provimento utilizar o termo "desconstituição", que pode dar a falsa impressão de ser causada por um motivo posterior ao reconhecimento – como o arrependimento –, a possibilidade que de se atacar o ato está limitada às hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação, ou seja, tecnicamente trata-se de questão no plano da validade do ato, no segundo degrau da escala ponteana, derivada de motivos anteriores que implicam em sua nulidade ou anulabilidade, e que certamente demandam apreciação judicial.

O §2º de tal dispositivo, restringe o reconhecimento extrajudicial aos maiores de dezoito anos. Ao trazer tal previsão, a norma limita a capacidade para o ato à questão etária, deixando de lado toda a teoria da capacidade civil e simplificando demasiadamente a questão delineada pelos arts. 3º e 4º, do Código Civil.

Ademais, o provimento ignora importantes contribuições doutrinárias acerca do reconhecimento realizado por incapazes e impede que tais pessoas se valham do

procedimento desjudicializado. Por aplicação do art. 109 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), os absolutamente incapazes só poderão efetuar o reconhecimento voluntária mediante um procedimento de jurisdição voluntária, com a participação o Ministério Público (DIAS, 2009; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). Manter tal restrição às paternidade e maternidade afetivas justifica-se até por questões de segurança jurídica.

Aos relativamente incapazes, todavia, é possível que o registro civil voluntário de paternidade biológica possa ser feito independentemente de assistência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017), já que esta é uma exigência legal para negócios jurídicos e que não caracteriza o reconhecimento voluntário de filho, que tem natureza de ato jurídico em sentido estrito (MELLO, 2000). Sob essa corrente, tecnicamente, da mesma forma não se justificaria excluir os relativamente incapazes do reconhecimento voluntário e extrajudicial da parentalidade afetiva.

Em seguida, o §3º do art. 10 do Provimento 63 do CNJ resolve que não serão admitidas parentalidades socioafetivas reconhecidas entre irmãos e ascendentes, além do §4º estipular uma exigência etária para o registro afetivo, de, no mínimo, dezesseis anos de diferenças na idade entre os pais e filhos. Nota-se que o CNJ inova ao definir exigências às paternidade e maternidade afetivas sem amparo legislativo, muito embora venha a resguardar, analogicamente, o conceito de filiação já disposto no ordenamento jurídico para a adoção, no artigo 42, §1º e §3º do ECA.

O artigo 11 do Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, tem uma perspectiva mais procedimental. O oficial de registro civil das pessoas naturais é quem presenciará o reconhecimento extrajudicial a maternidade e paternidade socioafetivas, sendo o mesmo ou não quem lavrou o registro civil do filho ou da filha. Outrossim, de acordo com a leitura dos §§ 4º e 5º do referido artigo, além dos pais registrais, o filho ou filha deverá consentir pessoalmente com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, se tiver mais de doze anos de idade. Em não sendo possível o consentimento por parte de quem o seja imprescindível, por ausência ou por impraticabilidade, será o caso apresentado ao juízo competente, como determinado pelo §6º. Outrossim, por questões de segurança jurídica novamente, o art. 13 do mesmo ato administrativo afirma que, sendo o reconhecimento de paternidade ou adoção objetos de discussão judicial, não poderá se valer do procedimento extrajudicial.

Ressalta-se, ademais, que o artigo 14 do Provimento 63 do CNJ limita o reconhecimento das maternidades e paternidades em até quatro nomes no campo filiação do registro, sendo cabível, no máximo, dois pais e duas mães registrais. Quanto a este dispositivo, fica o alerta aqui para o conceito limitado de família pressuposto pelo órgão regulamentador que acaba por excluir desta via desjudicializada casais homoafetivos em determinadas situações. Ora, na realidade fática, nada impede que uma criança adotada, ou concebida como apoio de técnicas de reprodução artificial por um casal formado por pessoas do mesmo sexo, crie um outro vínculo paralelo de filiação socioafetiva com um “pai” ou “mãe” de mesmo sexo – o que se daria, por exemplo, com o novo parceiro de um de seus pais registrais.

Por mais que essas mães ou esses pais registrais homoafetivos não se caracterizem enquanto socioafetivos – segundo as palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013) apontadas acima –, aqueles já se encontrariam listados no campo filiação e, pela regra do artigo 14 do indigitado provimento do CNJ, não seria possível um indivíduo possuir mais de duas mães ou dois pais figurados em seu registro civil. A limitação do CNJ impede, assim, o reconhecimento deste vínculo por via extrajudicial, o que não ocorreria se os pais registrais fossem de sexo distintos. Não há justificativa legal para tal restrição.

Desta forma, é possível considerar que, com o Provimento do CNJ, não só algumas configurações familiares que espontaneamente surgem serão cerceadas de voluntariamente serem reconhecidas extrajudicialmente, como a própria tese fixada pelo STF é, de certa maneira, contrariada. Ao reconhecer que a multiparentalidade é cabível e que geraria todos os efeitos inerentes ao poder familiar e à filiação, a Corte não fixou limitação quantitativa de pais e mães – inclusive, afirmou não ser necessário registro para que isso acontecesse.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, para que se possa unir em um registro múltiplas filiações, na base da problemática, tem-se de ser reconhecido o que as difere. De um lado, o direito à identidade genética; de outro, a uma relação gradual e afetivamente construída. Não se pode reduzir a filiação a aspectos biológicos apenas, tampouco cercear os direitos que um indivíduo possui em relação a seus genitores por já possuir um pai ou uma mãe socioafetivos. Outrossim, também é possível que essas parentalidades se revelem simultaneamente, sem ordem de aparição. Em todos esses casos e hipóteses, a admissão de multiparentalidade, quando respeitados os princípios constitucionais aplicáveis, é o instituto mais adequado.

Afirmar que um só indivíduo possui mais de um pai ou mais de uma mãe simultaneamente e, ao mesmo tempo, definir qual a funcionalidade que estas situações terão no plano da eficácia por certo é de complexa execução. Em contrapartida, justo não seria que essas relações pré-existentes não fossem reconhecidas e regulamentadas. Desta forma, é preciso pensar em como as perspectivas aduzidas e presentes no contexto social serão interpretadas pelo direito e declaradas existentes e válidas.

A possibilidade de multiparentalidade juridicamente reconhecia confere segurança jurídica e salvaguarda direitos ao filho de múltiplos pais. Seguindo por esse caminho, a tese jurídica fixada pelo STF acerca da coexistência de paternidades e o Provimento 63 do CNJ complementam uma linha inovadora de estabelecimento de diferentes organizações sociais enquanto família trazida pela Constituição Federal de 1988, muito embora esta ainda apresente limitações conceituais e técnicas incompatíveis com o conceito hodierno de família. Importante reconhecer, de forma igualitária essas relações familiares, inclusive para fins de efeitos patrimoniais, ante a grande relevância para a materialização e garantia de direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil**: famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALTOÉ, Sonia. **Atualidade da Psicologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Instituto de Psicologia da UERJ, 1999.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**, 05 jan. 1916.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União,** 11 jan. 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da união**, 05 out. 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 119.346/GO. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, DF, 01 abr. 2003. **Diário de Justiça,** 23 jun. 2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 363.889 DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 jun. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 898.060 SC. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 set. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 24 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 54101-03.2008.6.18.0032. Relator: Arnaldo Versiani. Brasília, DF, 15 fev. 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, 22 mar. 2011.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. A Família nas Constituições Brasileiras. In: GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Lívia Pitelli (org.). **As Constituições do Brasil:** Análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio. Birigui: Boreal Editora, 2012. Cap. 13. p. 248-271.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VIII Jornada de Direito Civil. **Enunciados aprovados.** Brasília. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-publicacao-site.pdf. Acesso em 26 maio 2018.

ONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Brasília. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 20 de março de 2018.

CRUZ, Elisa Costa. **O Direito da família, afeto e as consequências de sua interferência no ordenamento jurídico.** 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/17/o-direito-da-familia-afeto-e-as-consequencias-de-sua-interferencia-no-ordenamento-juridico/>. Acesso em: 19 de julho 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?**, 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 24 de julho de 2017.

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

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20141310025796. Relator: Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito. Brasília, DF, 27 jan. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 fev. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida.** Porto Alegra: Sérgio A. Fabris Editor, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil***:* Direito das Famílias. Salvador: Juspodivm, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética, família e o novo código civil. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>, acesso em 24 de julho de 2017.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade sócioafetiva: a filiação e a revolução da genética. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, São Paulo, nº. 24, jun/jul 2004.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil.In: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). História social da infância no Brasil. São Paulo:Vozes, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, jul./set. 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família***:* uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70053501920. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 27 fev. 2014. **Diário da Justiça**. 24 mar. 2014.

SEREJO, Lourival. O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord**). Família e dignidade humana.** Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Reconhecimento de multiparentalidade está condicionado ao interesse da criança.** 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Reconhecimento-de-multiparentalidade-está-condicionado-ao-interesse-da-criança>. Acesso em: 01 maio 2018

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5**: Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. Enunciados aprovados na VIII Jornada de Direito Civil. Divulgação não oficial. **Jus brasil**. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/572162564/enunciados-aprovados-na-viii-jornada-de-direito-civil-divulgacao-nao-oficial. Acesso em 20 maio 2018.

VILLELA, João Baptista. Desobrigação da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n° 21, 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional no Direito de Família***:* reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva, 2009. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id17076.htm?impressao=1>.

---

[1] É o que se verificou no julgamento do Recurso Extraordinário 363.889-DF – sob repercussão geral, onde o Supremo Tribunal Federal afirmou ser cabível a nova propositura de ação de investigação de paternidade nos casos em que, em demanda anterior idêntica, mesmo após sentença transitada em julgado, não tenha sido produzida a prova pericial consistente em exame de DNA. Veja-se: "[...] 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. [...] (BRASIL, STJ, 2011).

[2] Por "adoção a brasileira" entende-se a prática de, conscientemente, declarar ser genitor de filho de outrem. Prática recorrente no Brasil, é considerada crime de parto suposto, tipificado no artigo 242 do Código Penal.

[3] São inúmeras as decisões neste sentido. Em 2003, o STJ já demonstrava considerar o "*status de filho"* como importante critério para reconhecimento de filiação (BRASIL, 2003), mas é reconhecido expressamente em decisão de 2009 assim ementada: "[...] O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do

reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. [...]" (BRASIL, 2009). Gradativamente, diversos tribunais brasileiros também passaram a reconhecer tal vínculo, como se pode vislumbar no âmbito do TSE, que, mesmo em norma restritiva, reconheceu a filiação sociofetiva foi reconhecida como impeditivo para elegibilidade, prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal, igualando-se, a outras formas de filiação constitucionalmente reconhecidas. (BRASIL, TSE, 2011).

[4] Ilustrando essa ideia, tem-se a ementa: "[...] A filiação socioafetiva deverá prevalecer sobre a biológica no interesse dos próprios filhos. Precedentes do STJ. Admite-se o reconhecimento da paternidade biológica, embora já existente vínculo socioafetivo, para retificar o registro civil e anular a paternidade socioafetiva, quando o próprio filho buscar o reconhecimento biológico com outrem. Decorre essa possibilidade do direito ao reconhecimento da ancestralidade e origem genética (verdade biológica), que se inserem nos direitos da personalidade. Precedentes do STJ. De outro lado, é possível o reconhecimento da dupla paternidade nas hipóteses de adoção por casal homoafetivo. Não há amparo legal para a averbação em registro civil de dois vínculos paternos (socioafetivo e biológico) e um vínculo materno (biológico), tampouco se encontra embasamento jurisprudencial para tanto. Não é possível regular os efeitos sucessórios decorrentes dessa situação, pois se estabeleceriam três vínculos de ascendência, hipótese ainda não abarcada pela legislação civil vigente. Recurso de apelação conhecido e não provido". (DISTRITO FEDERAL, 2016)

[5] Neste sentido é o ilustrado na seguinte ementa: "[...] O reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, de sorte que até a pessoa adotada tem o direito constitucional de investigar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), sem que a decisão final passe necessariamente pela nulidade do registro, que se sobrepõe à paternidade biológica quando caracterizada a existência do vínculo afetivo. Caso em que apenas se reconhece o vínculo biológico entre a apelante e o investigado, sem qualquer outra consequência jurídica. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70053501920, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014) (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

[6] As informações dos autos não foram divulgadas por terem tramitado sob segredo de justiça; foram obtidas através de informativo no sítio eletrônico do STJ (2018).

PRISÃO ILEGAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Déborah Maria Santana Sousa[1]
Raíssa da Rocha Lima Silva[2]

RESUMO: A presente obra analisa a responsabilidade civil do Estado quanto ao enfoque da prisão ilegal em decorrência de erro judiciário. Para isso, é explanado o conceito e as principais características acerca da responsabilidade civil estatal, assim como o posicionamento que o Estado deve assumir diante da injusta e indevida prisão decorrente de equívoco praticado pelo Poder Judiciário. Atualmente, devido ao avançado estado de evolução dos direitos fundamentais, os entes estatais possuem obrigações em relação aos membros da sociedade de modo que obrigatoriamente esses entes são responsáveis pelos seus atos no exercício de suas funções.. Por fim, apresenta-se o dever de indenização ao prejudicado, por parte do judiciário como consequência de danos morais e materiais ocasionados.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil – Estado – prisão ilegal – erro judiciário.

1Graduanda do curso de bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí – Campus Professor Barros Araújo. Email:deborahsantana13@hotmail.com
2Graduanda do curso de bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí – Campus Professor Barros Araújo. Email: raissalima.7@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Estado, nos primórdios da humanidade, se apresentou como uma instituição da qual a sociedade necessitaria para a sua própria sobrevivência, agindo para organizar os concidadãos e gerando assim paz social.

Nos dizeres de Tomas Hobbes, o homem, em seu estado natural, é lobo do próprio homem, e a presença do Estado em meio à comunidade humana se fez essencial para que a humanidade não chegasse à ruína em decorrência de lutas travadas pela sobrevivência.

Dessa maneira, o poderio estatal evoluiu ao longo dos anos de modo a passar por vários estágios históricos, desde o absolutismo monárquico, onde o Rei ditava sobre vida e morte de seus súditos, passando pelas repúblicas oligárquicas, a exemplo do que ocorreu no Brasil, com a república do Café com Leite, onde embora ausente o caractere divino da monarquia, os governantes ainda detinham poder quase que absoluto sobre a sociedade em decorrência de fatores econômicos até a chegada dos dias atuais com governos majoritariamente democráticos.

Em virtude dessa evolução, várias também foram as posições que o Estado assumiu perante o indivíduo, sendo desde o um instituto incontestável em suas responsabilidades e irresponsabilidades, até o posicionamento atual, em que por lei, deve o Estado assumir responsabilidade pelos seus atos em favor não só dos ditames legais, mas também do contrato legitimamente estabelecido com a sociedade.

Nesse sentido, há uma enorme celeuma quanto às prisões ilegais decorrentes de erros judiciários, pois embora o devido processo legal e a presunção de inocência sejam princípios fundamentais abalizados constitucionalmente, os cidadãos ainda se veem impotentes diante desses tipos de injustiças.

Assim, o presente artigo vem a explanar sobre essa situação na contemporaneidade através de uma interpretação sistemática em relação a todo o ordenamento jurídico.

Para tanto, será feita inicialmente uma abordagem sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado com enfoque nas dimensões de direitos fundamentais, prosseguindo-se com o tema tratando do que ocorre na atualidade principalmente no que concerne a prisões indevidas e finalizando com uma análise crítica do tema.

No decorrer das pesquisas optou-se por uma fonte decorrente da análise bibliográfica sobre o tema, por intermédio da consulta a doutrina, a legislação brasileira e artigos científicos publicados na rede mundial de computadores, os quais influíram para o enriquecimento da obra.

1.DO DANO MORAL

A nossa lei maior, que é a Constituição Federal, garante a todo ser humano o direito à dignidade – o chamado princípio da dignidade da pessoa humana– que diz que todo cidadão deve ser respeitado em sua existência, em sua essência. A dignidade compreende, basicamente, quatro direitos: direito à liberdade, direito à igualdade, direito à solidariedade e direito à integridade psíquica e física.

Quando alguém é prejudicado em sua dignidade, se diz que essa pessoa sofreu dano moral. Dano moral, portanto, é um prejuízo, uma lesão à dignidade da pessoa humana; é quando o cidadão é desrespeitado em seus atributos existenciais, e esse fato pode causar dor, sofrimento, humilhação, angústia ou mágoa, que são todas consequências daquela lesão.

Nas lições de Sílvio de Salvo Venosa, o dano moral é um prejuízo imaterial, ou seja, afeta diretamente a saúde psíquica da vítima. Em sua obra sobre Responsabilidade Civil, Venosa aprofunda sua análise a respeito do tema, afirmando que o dano moral estará presente quando uma conduta ilícita causar a determinado indivíduo extremo sofrimento psicológico e físico que ultrapasse o razoável ou o mero dissabor, sentimentos estes, que muitas vezes podem até mesmo levar à vítima a desenvolver patologias, como depressão, síndromes, inibições ou bloqueios.

> [...] Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente; [...] (Direito Civil, Responsabilidade Civil, 15ª ed., Atlas, p.52)."

O doutrinador acrescenta ainda, que não é qualquer aborrecimento do dia a dia que justifica a indenização por dano moral. Deve-se ter como base, o comportamento do ser humano médio, que é um meio termo entre a pessoa extremamente sensível que se aborrece com qualquer contratempo cotidiano e a pessoa completamente fria que não altera seu humor ou seu comportamento com os aborrecimentos diários da vida.

O dano moral encontra-se previsto no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988, no artigo 5ª, X, que assegura à parte lesada o direito de indenização pelo dano moral ou material em caso de violação a qualquer dos direitos da personalidade. Além do artigo 5º, inciso X previsto na Constituição Federal, o Código Civil, Lei 10.406/02, dispõe expressamente em seus artigos 186, 187 e 927 a respeito do dano moral.

O artigo 186 do referido diploma legal dispõe: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já o artigo 187 referido linhas acima, dispõe que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Por último, o artigo 927 da Lei Civil, prevê, de forma expressa, que aquele que cometer o ato ilícito previsto nos artigos 186 e 187 e causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Como demonstrado, o dano moral encontra previsão expressa tanto na Constituição de 1988 quanto na legislação infraconstitucional e, por óbvio, a lei não traz conceito ou qualquer tipo de parâmetro para a aplicação dessa espécie de indenização aos inúmeros casos que chegam aos Tribunais do país.

Deste modo, podemos concluir que o dano moral é um prejuízo imaterial, ou seja, o que é atingido pelo ato ilícito é o psicológico da vítima, causando-lhe dor, sofrimento e angústia que vão além do mero aborrecimento e dos transtornos normais da vida cotidiana. É provocado geralmente por uma conduta ilícita, dolosa ou culposa, que viola o direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama e a dignidade da pessoa.

No entanto, o reconhecimento da existência de dano moral e o montante a ser fixado à título de indenização só será possível mediante contraditório e ampla defesa, o que nem sem sempre é fácil no caso concreto.

2. PRISÃO INJUSTA E ILEGAL: CONCEITO E OFENSA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

São cada vez mais comuns os casos de prisão ilegal, os quais ocorrem em decorrência de erros jurídico-institucionais, fazendo-se condenar cidadãos inocentes.

Conceitualmente, prisão ilegal pode ser entendida como o cerceamento da liberdade sem obedecer às devidas exigências legais, ou ainda, conforme os dizeres de Matielo[2]: “O ato ilegal praticado por servidores públicos que, ao invés de agirem como garantidores dos direitos individuais e coletivos, partindo para a atitude de coatores ou de qualquer outro modo infringindo a obrigação que lhes é conferida”.

A denominada prisão indevida não deve ser restrita àquela que advém de uma condenação injusta, mas sim, toda e qualquer privação injustificada da liberdade, antes ou depois do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, o excessivo período de cumprimento da pena e a não observância à progressão de regime.

Essa prisão, além de se constituir em um verdadeiro atentado ao ordenamento jurídico pátrio e à legislação de tratados de direito internacional, acaba por colocar a baixo, valores de justiça, equidade e paz social. Tal situação vem a influir negativamente quanto à segurança jurídica, de modo a fazer com que as pessoas se sintam além de ameaçadas, desconfiadas a respeito do estado de direito no qual vivemos.

[2] Fabrício Zamprogna Matielo - "Dano Moral, Dano Material – Reparações"- 2ª edição, p.128.

Esse confronto à liberdade, em âmbito brasileiro, ataca vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, segundo se denota a seguir.

Nos termos do art. 5° da CF/88: "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". Ademais, o mesmo artigo, já em seu inciso LXXV afirma que: "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Dessa maneira, a nossa Constituição Federal vem a corroborar o entendimento da inadmissibilidade de atos ilegais cometidos pelo Estado, principalmente com relação aos que atentem contra a justa liberdade dos indivíduos.

A prisão ilegal, na verdade, se confirma como um ato atentatório à liberdade do cidadão, a qual apesar de se configurar como garantia constitucional, tem sido violada corriqueiramente tendo como cerne a arbitrariedade ou imperícia de uns e má fé ou apurações equívocas de outros.

Tal equívoco se constitui no chamado “erro judiciário”, o qual vem a se instalar como um verdadeiro germe do sistema punitivo brasileiro, provocando seríssimas consequências à integridade físico-psíquica daqueles que foram subjugados a uma condição de encarceramento injusto. O erro judiciário é assim, a má apreciação das causas por parte do órgão jurisdicional e também a sua má aplicação, a qual está dissociada tanto da legalidade quanto da realidade material.

Derivada do latim *error*, do verbo errare, erro é a falsa concepção sobre uma pessoa, uma coisa ou um fato. É a ideia contrária à verdade, podendo ser o falso recepcionado como verdadeiro e o verdadeiro como falso. O erro é contrário á verdade.

Esse crime cometido contra a liberdade alheia acontece em decorrência não só de erros, mas de descaso e corrupção da máquina estatal. Muitos cidadãos são denegados a essa situação sem terem sido julgados, o que fere o princípio da presunção de inocência, enquanto que outros estão cerceados de seu direito de ir e vir por crimes de bagatela. Isso se torna um verdadeiro afronto aos dispositivos constitucionais, já que, no termos do art. 5º inciso XV: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Qualquer pessoa pode ser vítima de erro judiciário e do infortúnio da prisão ilegal, mas a observação da realidade fática demonstra que a maioria dos casos envolve pessoas pobres, negras e sem escolaridade. Pessoas essas que não podem arcar com despesas com serviço advocatício, necessitando para tal, da defensoria pública, cuja instalação ainda não se consolidou em todo o território brasileiro, o que vem a dificultar cada vez mais e efetividade da Justiça neste país.

É evidente que a decretação da prisão preventiva gera demasiados danos àquela pessoa que, ulteriormente, é reconhecida inocente. Assim, o erro do Estado ao privar alguém de sua liberdade, ainda que preventivamente, pode e deve ser reparado pela indenização.

Entende Gazoto[3] que ao falar-se em erro judiciário, quer se dizer erro do sistema de persecução penal, o qual foi produzido não porque o juiz errou, mas por um conjunto de fatores: porque a polícia apurou mal o delito, o Ministério Público e o juiz descuraram de suas obrigações de descobrir a verdade real etc.

Assim, pode-se notar que o erro judiciário com a sua consequente prisão indevida vem a contribuir de modo extremamente negativo ao funcionamento do sistema penal brasileiro, não só pela deficiência ínsita ao Direito Penal em sua essência, mas também pela crueldade que um equívoco dessa magnitude pode inferir na vida de alguém.

Talvez essa situação não seja apenas objeto de indenização, mas também é evidentemente necessária a adoção de medidas que venham a impedir tamanhas injustiças.

Faz-se imprescindível que aja uma reabilitação das pessoas que passam por isso, pois embora o nosso ordenamento jurídico preveja a ressocialização do indivíduo punido, nós sabemos que a realidade está longe disso, quando nossa sociedade impõe um julgamento moral muitas vezes mais inquisitivo do que o sofrimento físico vivenciado por aqueles que se encontram encarcerados.

3. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DA PRISÃO INDEVIDA POR ERRO JUDICIÁRIO E O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

A evolução da sociedade com ideais libertários e iluministas permitiu a responsabilização do Estado pelas suas condutas e, posteriormente, suas omissões. Durante o absolutismo, o rei era a figura representativa do Estado e não respondia pelos seus atos tampouco pelos atos prejudiciais que seus funcionários causassem às vítimas. No entanto, com o advento da Revolução Francesa e a queda do autoritarismo monárquico e irresponsável, a população iniciou uma luta constante de resistência aos atos danosos do rei. Em conformidade, surgiram dispositivos normativos instituindo responsabilidade ao Estado devido aos prejuízos causados, mediante o pagamento de indenização às vítimas.

Conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello[4], o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do estado de direito.

---

[3] Luís Wanderley Gazoto, *Responsabilidade*, cit. p. 56/57.
[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
p.137.

No âmbito da responsabilização do Estado, duas teorias sobressaem-se para fins de atribuição de responsabilidade do Estado em relação ao erro judiciário que gere prisão indevida.

Quando, para que o Estado assuma dever de indenizar, exista exigência da constatação da culpa ou do dolo do agente no evento que ensejou dano, está configurada a responsabilidade subjetiva. Assim, ao lesado incumbe o ônus de demonstrar não só dano e nexo causal, como também a atuação dolosa ou culposa do agente público, sob pena de não restar caracterizada a obrigação de indenizar.[5]

A responsabilidade do Estado será objetiva quando prescindir de análise da culpa ou do dolo do agente estatal no comportamento que gerou danos ao particular. Segundo entendimento majoritário da doutrina, a conduta que ensejar a responsabilidade objetiva do ente público deve ser comissiva, ou seja, omissão de agentes não se enquadrariam neste tipo de responsabilização, devendo ser analisada na esfera subjetiva. Ressalta-se que o dano supracitado deve ser jurídico, e não mero prejuízo, como exemplificado por Matheus Carvalho[6]:

> Imagine que uma escola pública localizada em determinada rua gera renda aos moradores daquela localidade que levam lanches, balas e refrigerantes para serem vendidos na frente da escola e, com isso, obterem uma renda familiar. Por motivo de interesse público, o estado decide mudar o endereço da escola para uma via mais afastada. Tal situação enseja prejuízos àqueles moradores, mas não se trata de dano jurídico, ou seja, não se configura dano indenizável.

O artigo 15 do Código Civil de 1916 estabelecia de forma explícita a responsabilidade civil do Estado, explicando que: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”. Por haver a necessidade de averiguação da culpa do funcionário, é inteligível que esse dispositivo normativo era fundamentado pela responsabilidade subjetiva.

No entanto, posteriormente, com a Constituição de 1946, no seu artigo 194 foi regulado que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Como foi observado, houve uma omissão quanto à necessidade ou não dos elementos dolo e culpa, não sendo estes mais necessários e, portanto, adotando a teoria da responsabilidade objetiva. Conforme atesta Sérgio Cavalieri Filho[7]:

---

[5] SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais, Curitiba, Juruá Editora, 1996, p. 55.
[6] CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 3 ed. Salvador: Editora jusPODIVM, 2016.
[7] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

> Destarte, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão-somente da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração impor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.

Este mesmo posicionamento foi adotado pela Constituição Federal de 1988, conforme o inciso LXXV do seu artigo 5º:

> 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:
> LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Sob mesma orientação, dispõe o § 6.º do art. 37:

> "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos de seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

É observado que, embora seja discutido dolo ou culpa ao final do dispositivo, tal constatação é apenas regra assecuratória de permissão de direito de regresso ao Estado. Este indenizará os terceiros independente de dolo ou culpa, porém com o direito de regresso ao agente que agiu impropriamente.

Conquanto expressa previsão, ainda há decisões do Poder Judiciário exigindo constatação de dolo ou culpa, insistindo em reconhecer a irresponsabilidade civil do Estado pela falha judiciária, alegando que a responsabilização poderia afetar o princípio do livre convencimento do juiz e tornar inviável o exercício da função jurisdicional.

No Brasil, conforme Medauar (2001: 438), a responsabilização do Estado por danos provenientes de atos jurisdicionais ainda não é bem aceita, mesmo contando com elaboração doutrinária favorável, porém a alegação utilizada é antijurídica, pois a necessidade de se justificar a independência do Judiciário, na autoridade da coisa julgada e na condição dos juízes como órgãos da soberania nacional como impedimentos à responsabilização objetiva daria guarida à irresponsabilidade dos juízes.

Está disposto no art. 9º, n. 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que: “Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação". A jurisprudência brasileira majoritariamente vem portando-se conforme tal dispositivo, admitindo indenização em razão de uma prisão indevida.

No entanto, no ano de 2012, a 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu sentença que negou o pagamento de indenização a um homem que ficou preso por um dia devido uma ação criminal que foi arquivada. O desembargador relator alegou que é pacífico o entendimento segundo qual o erro judiciário, para ser indenizado, necessita da comprovação de dolo, conforme ementa da decisão:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. ERRO JUDICIÁRIO. PROVA DO DOLO OU CULPA GRAVE DO AGENTE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Conforme orientação do eg. STF, a indenização por erro judiciário é excepcional e subjetiva (RE 111.609-9). Assim, além dos demais requisitos configuradores da responsabilidade civil (dano e nexo de causalidade), consiste em ônus do autor da ação indenizatória, a demonstração de que o agente público atuou com dolo ou culpa grave, o que, 'in casu', não restou provado. 2. Saliente-se, por oportuno, que na ação penal que ensejou a condenação, prisão do autor e, posteriormente, declarada em outra ação penal a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição retroativa, o autor não ficou sem defesa, nem restou vulnerado qualquer princípio constitucional. 3. Sentença de improcedência mantida. Apelação desprovida.

4.MATERIAS E METODOS

O presente estudo adotará como metodologia a pesquisa bibliográfica. Utilizar-se-á fontes seguras tais como, legislação, doutrina, periódicos científicos, jurisprudências, sítios da internet e ainda materiais esporádicos que abranjam o tema e que possam agregar valor à pesquisa. Deste modo, será possível reunir fragmentos que auxiliarão no melhor desenvolvimento do trabalho, deixando-o mais claro e rico em detalhes.

Como bem assegura Marina de Andrade Marcone e Eva Maria Lakatos o levantamento bibliográfico:

> é o levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto (2011, p.44).

Realizar-se-á o levantamento bibliográfico no que diz respeito à realidade brasileira no âmbito do trabalho escravo, com enfoque nas praticas escravistas e demais pontos importantes, bem como a Proposta de Emenda à Constituição n° 438 e demais medidas governamentais no combate ao trabalho escravo, para que se possa ter um aprofundamento e consequente domínio desses conteúdos.

O enfoque da pesquisa será o qualitativo, permitindo assim a análise do trabalho escravo como realidade de diversos trabalhadores brasileiros, que encontram-se privados de um dos mais importantes direitos da pessoa humana: a liberdade.

Segundo Menga o estudo qualitativo "é o que se desenvolve numa situação natural; é rico em dados descritivos, tem um plano aberto e flexível, e focaliza a realidade de forma aberta e contextualizada" (1986, p. 18).

Como bem disse Carr "Não tenho medo que meu tema possa, em exame mais detalhado parecer trivial. Receio apenas que eu possa parecer presunçoso por ter levantado uma questão tão vasta e tão importante". (1985, p.12)

5.RESULTADOS E DISCUSSÕES

Destarte algumas decisões neste sentido, a posição majoritária dos tribunais brasileiros ao julgarem casos de prisão ilegal onde está presente o nexo causal entre o ato praticado pelos agentes públicos e o dano moral sofrido, têm em conta, como fundamentação de suas decisões, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado para condenação em indenização por danos morais, limitando-se a discutir o valor a ser pago ao ofendido. Com finalidade de ilustração, seguem decisões de tribunais neste sentido:

> **RESPONSABILIDADE CIVIL** – erro judiciário – prisão indevida – homonímia – **nexo causal** entre o dano experimentado e a ação praticada pela Administração Pública – indenização reduzida ao montante pedido na petição inicial – sentença no mais mantida. Recurso parcialmente provido, considerado suscitado reexame necessário.[8]

> **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRISÃO ILEGAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. 1.** Não havendo culpa exclusiva ou concorrente da vítima, nem caso fortuito, **prevalece a responsabilidade civil da União pelo erro judiciário e pela prisão indevida.** 2. **O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais.** 3. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado.[9]

> ERRO JUDICIÁRIO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. REVISÃO. ABSOLVIÇÃO. DANOS MORAIS. Condenação criminal com cumprimento em regime prisional fechado, posteriormente comprovado, em revisão criminal, a inocência, configura erro judicial passível de indenização. **É objetiva a responsabilidade civil do Estado**, independente da atuação do magistrado, que é subjetiva. Dano materiais pelo tempo que deixou de ganhar, a ser calculado em liquidação de sentença, considerando

[8] TJSP APELAÇÃO CÍVEL n° 982.111-5/7 IBIÚNA, data 08/02/2010

[9] TRF4ª Região APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2005.70.00.012665-2/PR, Relator: Juiz Federal SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, julgado em 16/09/2009, publicado em 22/09/2009

> o labor do indivíduo. Danos morais devidos, fixados em um milhão de reais.[10]

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS.
> 1.O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação de seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. 2.Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3.O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4.A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5.**A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV da CF**. 6.Recurso especial provido.[11]
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA INJUSTA. DANO MORAL. Então, há, no caso, até **responsabilidade civil objetiva da Administração Pública**, conforme consagrada teoria do risco administrativo, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano, no que o autor se mostrou convincente.[12]

As decisões mais recentes do Tribunal de Justiça do Piauí demonstram, também, inegável adoção à teoria da responsabilidade objetiva do Estado em face da prisão indevida, com posicionamento firmado neste sentido. Exemplifica-se:

> REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL À– AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À– PRISÃO ILEGAL À RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO À – RECURSOS IMPROVIDOS. 1. Na hipótese discutida, **a responsabilidade do Estado é objetiva**, ou seja, independentemente de culpa, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, exigindo apenas a conduta ilícita e existência de dano, bem como nexo de causalidade entre estes dois elementos. 2. O Estado somente se desonera do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito, ou força maior. 3. Reconhecida a responsabilidade do Estado pelo evento danoso, exsurge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes, em razão da prisão ilegal do autor. 4. Considerando as particularidades do caso e os critérios para fixação

[10] APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.72.12.000660-9/SC dia 14/3/2012
[11] RESP 220982/RS; Min. José Delgado – 1ª Turma – DJ
[12] Julgamento da Apelação Cível nº 597176387 – 1ª Câmara Cível – Porto Alegre.

> do montante indenizatório, reduz-se a indenização fixada na origem. 5. Decisão unânime.[13]
>
> APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À PRISÃO ILEGAL À–RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO À–DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL CONFIGURADO. 1. A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares no exercício da atividade pública é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, respondendo aquele pelos danos a que os seus agentes derem causa, seja por ação, seja por omissão, em razão da adoção da teoria do risco administrativo pelo ordenamento jurídico. 2. Constatada a ilegalidade da prisão, exsurge o dever de indenizar os danos morais sofridos, segundo os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. O valor a ser arbitrado, a título de dano moral, deve guardar correspondência com o grau de culpa para a ocorrência do evento, a extensão do dano experimentado e as condições pessoais das partes envolvidas. 4. Recurso não provido, à unanimidade.[14]

Portanto, conforme a melhor doutrina e reiteradas decisões jurisprudenciais, a responsabilidade de indenização por dano quanto à prisão indevida é obrigação estatal, notadamente pela ocorrência de atentado contra fundamentais já abordados. Não há necessidade de provar, diante da responsabilidade objetiva do Estado, a culpa do agente; a responsabilidade civil do Estado decorre de mero nexo de causalidade entre o ato antijurídico e a prisão indevida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade estatal é alicerçada pela teoria do risco administrativo, conforme a Constituição Federal de 1988, de maneira que, comprovando o nexo causal entre a lesão e a conduta comissiva ou omissiva do Estado, através seus agentes, originará o para o prejudicado, o direito à indenização, cabendo ao Estado voltar-se em ação regressiva contra o seu funcionário.

Evidente que se o Estado, de fato, respondesse pelos seus atos, os erros, inclusive judiciários, diminuiriam, pois haveria por parte de seus agentes uma preocupação em melhor desempenho e decoro quanto o exercício de suas funções.

O direito de obter a reparação por danos sofridos é garantia fundamental corroborada pela essência da Constituição Federal, podendo ocorrer em qualquer área do direito. Portanto, os erros judiciários e consequentemente a prisão indevida, serão sempre passíveis de indenização pelos danos patrimoniais e morais o indivíduo venha a sofrer, de modo que o valor atribuído à indenização deve ser suficiente para desestimular os agentes estatais a cometerem erros e dessa maneira, evitar futuras injustiças, assim como para atenuar, visto que jamais poderá aniquilar a irreparável supressão da liberdade e da dignidade de uma pessoa inocente.

---

[13] TJ-PI - Apelação Cível AC 00020826420088180028 PI 201200010008116 (TJ-PI) Data de publicação: 10/12/2015

[14] TJ-PI - Apelação / Reexame Necessário REEX 00030804720138180031 PI 201400010052230 (TJ-PI) Data de publicação: 31/03/2016

Ademais, alguns erram e ao menos tentam contornar o erro, enquanto que outros erram e se mantêm na condição de erro. Há os que erram por falta de cautela ou por falta de humildade em não reconhecer que ninguém é dono da razão. Mas o pior de todos é aquele que esconde o próprio erro sem se preocupar com os danos que serão causados a outrem.

Nesse sentido, a reparação em dinheiro, é o mínimo que o Estado deve fazer por ter jogado um ser humano ao cárcere, cuja situação deplorável vem a ruir qualquer indivíduo em seu estado físico, mental e em sua dignidade enquanto pessoa. Tanto aqueles que foram lá colocados em decorrência da punição que lhes fora imposta devido ao verdadeiro cometimento de crimes, como aqueles que lá foram esquecidos ou denegados a essa situação, mesmo sendo inocentes.

Importante é que se faça uma readequação que não se resuma a revisões jurisdicionais acerca de decisões proferidas, mas uma transformação no sistema, na forma de aplicar as leis, no pensamento coletivamente difundido, para que a sociedade em geral venha a compreender a relevância do amparo que deve ser dado àqueles marginalizados pelo sistema. Não adianta um código, uma constituição, um tratado de direitos humanos, se nem a Justiça estatal os seguem e muito menos a população entende como necessário segui-los. E notável que impera atualmente um ideal de castigo em relação às sanções impostas pelo Estado e até mesmo um abuso do Jus Puniendi.

É lamentável que nossas instituições venham a falhar tanto quando à aplicação das leis e dos valores de justiça e equidade. A presunção de inocência virou uma mera frase escrita em folha de papel e a nossa Constituição vem sendo rasgada a cada dia, como outrora previsto por Ferdinand Lassale. O nosso aparelho penitenciário chegou a um patamar de falência que mais pode ser comparado com o instituto do suplício aplicado em monarquias medievais.

Nesse sentido, se fazem necessárias uma adequação de pensamento e uma nova visão acerca do Direito Penal, o qual não pode ser tido como solução para todos os problemas, até porque está longe de o ser. Deve existir a aplicação verdadeira do principio da subsidiariedade do ordenamento penal e do devido processo legal, pois do contrário estaríamos enganados acerca de que prisão perpétua é aquela que se perpetua até a morte; estaríamos iludidos de que a pior pena é a de morte ou até mesmo estaríamos errados em acreditar que ser preso injustamente é imperdoável, pois a maior ilusão em que vivemos hoje é a de que nossas instituições e nossas bases normativas estão sedimentadas em valores éticos e essencialmente humanos. Não estão sedimentadas nisso, mas no jogo de interesses que converte facilmente os nossos valores em ego e dinheiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Prisão ilegal**: a responsabilidade civil do estado e o decorrente dever de indenizar pelos danos morais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2273/prisao-ilegal-a-responsabilidade-civil-do-estado-e-o-decorrente-dever-de-indenizar-pelos-danos-morais>. Acesso em set. 2016.

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

CARDOSO, Antônio Pessoa. Erros judiciais causam **danos a inocentes**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161127,21048Erros+judiciais+causam+danos+a+inocentes>. Acesso em set. 2016.

CASSALES, Luíza Dias. **Direito de ir e vir**. Revista Jurídica nº 294, p. 25. Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/18.htm>

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 3 ed. Salvador: Editora jusPODIVM, 2016.

D'URSO, Luís Flávio Borges. **O Erro Judiciário**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/1999-mai-13/erro_judiciario>. Acesso em set 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Salvador: Ed. JUSPODIVM, 2015.

SANTOS, Ítalo Demarchi. **A Prisão Indevida e a Responsabilidade do Estado Frente ao Erro Judiciário**. Dispnível em: <http://phmp.com.br/noticias/a-prisao-indevida-e-a-responsabilidade-do-estado-frente-ao-erro-judiciario/>

Jusbrasil. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso em set 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.: 126

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C.. **Indenização: erro judiciário e prisão indevida**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5642>.

SANTOS, Ítalo Demarchi dos. **A prisão indevida e a responsabilidade do Estado frente ao erro judiciário**. Disponível em: <http://phmp.com.br/noticias/a-prisao-indevida-e-a-responsabilidade-do-estado-frente-ao-erro-judiciario/>. Acesso em set. 2016.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

SUANNES, Adalto. **Indenização por prisão injusta**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI65485,91041Indenizacao+por+prisao+injusta>. Acesso em set. 2016.

Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado. Disponível em: http://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/prisao-ilegal-responsabilidade-civil-estado

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: **direito de família.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE AOS *REALITY SHOWS* - UMA ABORDAGEM ACERCA DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL SOBRE O FENÔMENO DA AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS E COM UM OLHAR ESPECÍFICO PARA OS *REALITY SHOWS*

Wanderson Charles Medeiros de Lucena[1]

Érica Lucena Araújo Medeiros[2]

Prof.ª Marana Sotero de Sousa[3]

RESUMO: O presente estudo analisa o direito fundamental à privacidade, previsto na CRFB/88, e também, positivado no Direito Privado sendo elencado entre os direitos da personalidade no Código Civil. Com o objetivo primeiro de trazer ao leitor um entendimento claro e conciso acerca do tema, bem como, mostrar a incidência do direito à privacidade em um mundo globalizado, com um enfoque central para os *reality shows*. Deste modo, o estudo vem à refletir se seria inconstitucional a publicidade visualizada na exposição voluntária nos *reality shows*, movendo tal reflexão a presente pesquisa. Para tanto, a pesquisa preocupou-se em abordar uma perspectiva geral acerca dos direitos fundamentais, bem como, dos direitos da personalidade, trazendo para a discussão a releitura pela qual o Direito Privado passou após a nova ordem constitucional de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Direito à privacidade. Relativização. *Reality shows*.

[1] Graduando do curso de Direito pelas Faculdades Integradas de Patos (FIP), monitor da disciplina de Direito Constitucional I na referida IES. E-mail: wanderson.charles@hotmail.com

[2] Graduanda do curso de Direito pelas Faculdades Integradas de Patos (FIP). E-mail: acirelucena@hotmail.com

[3] Orientadora, Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Mestra em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Especialista em Direitos Humanos e Gestão Pública (UFPB), e Professora do curso de bacharelado em Direito nas Faculdades Integradas de Patos (FIP). E-mail: maranasotero@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais e sua aplicação na realidade social interessa a todos, sem dúvidas qualquer cidadão gostaria de ter conhecimento dos seus reais direitos, e é nessa perspectiva que a presente pesquisa abordará de forma mais detalhada o direito fundamental à privacidade, com um enfoque preciso e pertinente para os programas televisivos denominados *reality shows*[1]. Para a partir de tal explanação, alertar o leitor para possíveis consequências e proteções jurídicas acerca dos direitos fundamentais, como também, dos direitos da personalidade.

Para tanto, a pesquisa se preocupará em trazer uma abordagem geral acerca dos direitos fundamentais, a função e importância desses direitos em um Estado Democrático de Direito, bem como, o estudo percorrerá o caminho calcorreado pelos direitos fundamentais. Outrossim, explanará as características e classificações que permeiam e tentam motivar os direitos fundamentais.

O direito fundamental à privacidade, sob o qual a pesquisa se debruçará, teve sua positivação e âmbito de proteção assegurados no Código Civil, maior diploma de direito privado do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, para além de uma análise sobre os direitos fundamentais, a pesquisa se preocupará em proporcionar ao leitor uma visão acerca do fenômeno da constitucionalização do direito privado com a nova ordem constitucional de 1998. Observando as grandes mudanças na ordem jurídica com a alternância de perspectiva proporcionada por tal fenômeno, onde antes, havia uma cisão entre as perspectivas de direito público e direito privado, posição esta, modificada com o advento da Constituição Federal de 1988, onde a partir disso, ambos os ramos do direito tiveram como dever observar a *Lex Maior*.

Para se falar em constitucionalização do direito privado, mais especificamente direito civil, é importante abordar a releitura pelo qual tal ramo do direito passou, com um enfoque para a desvirtuação feita pelo Código Civil de 2002, de uma visão outrora exclusivamente patrimonialista, para uma visão personalíssima e preocupada com a dignidade da pessoa humana.

Com a nova perspectiva constitucional de 1988, o direito privado voltou seu olhar para a pessoa, buscando proteger sua integridade, liberdade e igualdade. Com isso, os direitos da personalidade ganharam muita força e um âmbito de proteção mais rígido e sério, passando a impor consequências brandas a possíveis violações à integridade do indivíduo.

Isto posto, a pesquisa abordará a incidência dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um paralelo com a doutrina para entender a importância desses direitos em uma sociedade moderna e globalizada, onde as liberdades acabam sendo relativizadas por questões outras.

Outrossim, a pesquisa passará a analisar o seu eixo central e basilar, trazendo para a discussão o direito à privacidade, suas acepções, importância e como se comporta esse direito frente às mídias e tecnologias que estão em extremo avanço. Como se dá a flexibilização e novas interpretações do direito à privacidade em virtude dos ditames atuais de uma modernidade exagerada e de conceitos impostos de forma unilateral pela mídia.

Para além de abordar o direito à privacidade frente às mídias e tecnologias, é de interesse primordial da pesquisa, afunilar essa análise para os *reality shows,* analisar o direito à privacidade e sua incidência nesse tipo de programa televisivo. Os *reality shows* seriam uma forma de relativizar e flexibilizar o direito à privacidade? O não exercício temporário do direito à privacidade, feito pelos participantes, aliado a publicidade e exposição desregrada nesse tipo de programa televisivo, pregam de fato o que diz a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil? Liberdade de dispor de alguns direitos ou publicidade abusiva?

São perguntas que a pesquisa tentará responder, observando os entendimentos doutrinários contemporâneos acerca da temática. O tema aqui trabalhado é relevante para um entendimento acerca da aplicação dos direitos fundamentais, como também é importante para analisar as novas visões sobre o tema. Com as novas relações sociais, faz-se necessário entender as novas vertentes criadas para aplicação e interpretação dos direitos positivados na lei, com o direito à privacidade não ocorre de outra maneira, deve-se analisar as novas interpretações para uma convivência pacifica e, principalmente, para não adquirir qualquer consequência jurídica.

2. MÉTODOS E OBJETIVO

O método utilizado para a elaboração da presente pesquisa foi o dedutivo, respaldando-se em um enfoque puramente teórico, analisando de forma minuciosa os entendimentos e interpretações doutrinárias que tocam o tema aqui discutido. Se utilizando para tais estudos teóricos, o método de pesquisa bibliográfica, embasando o estudo em livros e artigos científicos que tocam a temática aqui trabalhada. Aliando-se também a pesquisa ao método histórico, trazendo contextos políticos e sociais, bem como, analisando a evolução histórica dos temas que movem a pesquisa. Com o objetivo de trazer ao leitor um entendimento claro acerca do direito à privacidade, bem como, suas interpretações e flexibilizações no mundo globalizado e moderno.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais vêm como uma imposição frente ao Estado, fazendo com que ele, em certos momentos fique silente quanto a determinados direitos fundamentais, e em momentos outros, adote uma postura intervencionista para a concretização de tais direitos, como ensinam os autores Araújo e Nunes[2]:

> Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e

> culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)

É interessante ressaltar, que essa limitação de poder para a garantia de direitos fundamentais foi ficando cada vez mais rígida, tornando-se, sempre mais forte a reivindicação por tais direitos e consequentemente proporcionando uma evolução gradativa de surgimento dos mesmos. Os direitos fundamentais não surgiram de uma só vez, longe disso, surgem de forma sedimentada, partindo da premissa trazida pelo constitucionalismo, de limitar poder para se garantir direitos. Nessa perspectiva, leciona Comparato[3]:

> Assim como a positivação dos direitos fundamentais apenas foi possível através da evolução histórica, ou seja, tais direitos não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados conforme as próprias transformações da civilização humana, sendo a luta pela limitação do poder político um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos.

Os direitos fundamentais passam a surgir, a partir dos anseios e clamores sociais de cada época, com isso, os contextos históricos são determinantes para o surgimento, e a evolução dos mesmos, como leciona Bobbio[4]:

> (...)os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras cultuas.

A doutrina classifica essa evolução em dimensões ou gerações, porém, é importante ressaltar, que uma dimensão não supera ou torna ineficaz sua antecessora, e sim, se torna complementar, coexistindo em um conjunto total de direitos fundamentais, como ensina Novelino[5]:

> Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais deu origem às chamadas gerações de direitos fundamentais. Atualmente, tendo em conta que o surgimento de novas gerações não importa na extinção das anteriores, parte da doutrina tem optado pelo termo dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração se anunciam nas primeiras constituições escritas, permeados dos valores reivindicados nas revoluções liberais,

trazendo os valores de liberdade e igualdade para o centro dos anseios populares. Novelino[6] leciona:

> (...)ligados ao valor liberdade, surgiram com as primeiras constituições escritas, cujos textos consagraram os direitos civis e políticos. Nas revoluções liberais ocorridas no final do Século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais.

Naquela época, com o advento das revoluções liberais, a sociedade ansiava por igualdade e liberdade. Marcam esse contexto histórico, o surgimento dos direitos civis e políticos.

Já os direitos de segunda dimensão trazem a ideia de igualdade material, e não apenas uma igualdade formal, como pregava a primeira dimensão, permitindo a efetiva concretização de tais direitos. Com o advento do Estado Social de Direito, os direitos fundamentais surgidos nesta dimensão são permeados de prestações positivas por parte do Estado, anunciam-se direitos fundamentais como os direitos sociais e culturais:

> A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis, o que outorgará sentido à sua vida.[7]

Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem com a premissa de fraternidade e direitos que ultrapassam os interesses individuais, como ensina Pedro Lenza[8]:

> Os direitos da 3.ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Com as perplexidades causadas pela Segunda Guerra Mundial, a sociedade passou a ansiar por direitos que protegessem a coletividade e atribuíssem valores únicos a pessoa humana, passando a emergir então, a necessidade de direitos que visem a coletividade em seu aspecto amplo[9].

Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiem o futuro da cidadania, deles dependem a concretização de uma sociedade aberta para o futuro. Responsáveis por introduzir, no âmbito jurídico, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo[10]: A quinta dimensão trazida por parte da doutrina constitucional, como Paulo Bonavides, vem com o objetivo de conferir a relevância ao direito à paz, axioma da democracia participativa e supremo direito da humanidade, trazendo o direito à paz como valor a ser consagrado nas próximas constituições[11].

Os direitos fundamentais têm como características, a Historicidade: surgem e evoluem conforme a evolução social, partindo da premissa de concretizar e assegurar os anseios mais íntimos da sociedade de cada época; Universalidade: destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos, possuindo validade a nível internacional[12]:

Com relação a inalienabilidade, significa dizer que não se pode aliená-los (transferi-los) a outrem, por não possuírem um conteúdo patrimonial, os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis[13]. Também é apresentada como característica dos direitos fundamentais a imprescritibilidade, sendo assim, não há a perda de direitos fundamentais por não serem exercidos, como explica José Afonso da Silva[14]:

> Prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

No tocante a irrenunciabilidade é apresentada a ideia de que não podem ser abdicados por definitivo, entretanto, podem ser passíveis de não exercício temporário. O Supremo Tribunal Federal vem permitindo o não exercício temporário de alguns direitos fundamentais, como o direito à privacidade por exemplo, como ensinam Alexandrino e Paulo[15]:

> (...)o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como reality shows (Big Brothrer Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, CF).

Outrossim, a limitabilidade sustenta que os direitos fundamentais não são absolutos, encontram limitações em outros direitos fundamentais ou neles mesmos; Já a concorrência: admite que os direitos fundamentais podem ser exercidos simultaneamente, tornando-se eles, complementares e passiveis de exercício concomitante e concorrente; Proibição ao retrocesso: impõe a observância aos direitos fundamentais já consagrados em momentos outros, bem como, em ordens constitucionais anteriores. No que concerne a característica da constitucionalização, consiste no fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica constitucional.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações sociais é classificada por modelos de eficácias. O primeiro modelo a ser analisado pela doutrina constitucional, é a aplicação dos direitos fundamentais em relações entre particular e Estado. Notadamente, em tal relação, existe um patamar hierárquico diferenciado, sendo o Estado imponente frente ao particular. Sendo assim, o particular goza de tais direitos frente ao Estado como defesa e proteção, sendo apresentada a eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Porém, a doutrina contemporânea vem fomentando a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais também nas relações privadas, anunciando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ensina Novelino[16]:

> Não obstante, a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência destes direitos fosse estendida ao âmbito das relações entre particulares. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações, nas quais os particulares se encontram em uma hipotética relação de coordenação (igualdade jurídica), é denominada de eficácia horizontal (ou privada, ou externa ou em relação a terceiros) dos direitos fundamentais.

Percebe-se a facilidade de enxergar a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, haja vista, que particulares em mesmo patamar hierárquico, ainda sim, estão sujeitos a possíveis violações de seus direitos fundamentais. Por fim, a doutrina moderna constitucional ainda apresenta a eficácia diagonal dos direitos fundamentais, defendendo a incidência desses direitos em relações permeadas de hipossuficiência e fragilidade de uma das partes, como por exemplo, relações trabalhistas e consumeristas.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E RELEITURA DO DIREITO CIVIL COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o universo jurídico passou por significativas mudanças, pois, as normas infraconstitucionais passaram a ter o dever de observar a *Lex Maior,* pois a partir dela, vem o fundamento de validade das demais normas imperativas do ordenamento jurídico, como leciona José Afonso da Silva[17] ao descrever a supremacia da Constituição:

> É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e nisso se notará sua superioridade em relação às demais normais jurídicas.

Ao argumentar que a Constituição irradia fundamento para todas as normas do ordenamento jurídico, se anuncia a ideia de que todos os princípios e valores constitucionalmente consagrados devem ser observados pelo ordenamento infraconstitucional. Para além dos princípios genéricos e específicos, o princípio basilar, norteador e que figura como núcleo central da ordem constitucional de 1988 é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em virtude de tal observância, o Código Civil de 2002 afastou-se da visão patrimonialista e individualista de seu antecessor, onde o patriarcado e o patrimônio, mas valiam sobre qualquer outro valor, e apegou-se a uma visão personalíssima e que se importa com os anseios pessoais e com a dignidade da pessoa humana, como ponderam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald[18]

> Assim, necessariamente, o Código Civil de 2002 precisava se afastar dos valores (patrimonialismo e individualismo) que marcaram significativamente a Codificação que lhe antecedeu, buscando novos referenciais, mais próximos e antenados nos valores da Constituição da República, em especial dos direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se então, um Código Civil mais humano, que procura voltar seu olhar para a proteção da pessoa humana. Outro fenômeno interessante a se discutir neste tópico, é que com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma unificação do ordenamento jurídico em um diploma maior*:*

> Sob essa perspectiva, tem-se anunciado o surgimento de uma nova disciplina ou ramo metodológico denominado direito civil-constitucional, que estuda o direito privado à luz das regras constitucionais. Como já mencionado no item 4.1, retro, é digno de nota o fenômeno que se vem desenvolvendo atualmente da acentuada interferência do direito público em relações jurídicas até agora disciplinadas no Código Civil, como as contratuais e as concernentes ao direito de família e ao direito de propriedade, reguladas na Constituição Federal de 1988, a ponto de se afirmar hoje que a unidade do sistema deve ser buscada, deslocando para a tábua axiológica da Carta da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.[19]

Com a perspectiva civil-constitucional, anuncia-se a interpretação do Código Civil, à luz da Constituição Federal, como assim deve ser feito por todas as normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Esse fenômeno, fez com que uma cisão notável entre direito público e direito privado viesse a sucumbir. Hoje, devendo ambos os ramos obediência aos preceitos e ditames constitucionais, como lecionam Chaves e Rosenvald[20]:

> Ora, ao disciplinar diversos institutos nitidamente civilistas (como a família, a propriedade, o contrato, dentre outros), o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos. Em outras palavras, ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º), além da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos (art. 3º, III e IV), a Lex Fundamentallis de

> 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A pesquisa preocupou-se em abordar no primeiro momento todo o arcabouço que enseja os direitos fundamentais pois o direito à privacidade antes de ser elencado no rol de direitos da personalidade, é um direito fundamental previsto na nossa *Lex Maior,* sendo necessário um estudo constitucional do tema. Como ensinam Chaves e Rosenvald[21]:

> É preciso estampar em cores nítidas a ideia de que a matéria (direitos da personalidade) necessita ser enxergada, nos dias de hoje, sob a ótica civil-constitucional, em razão das importantes opções firmadas pela *Lex Legum*. A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais (art. 1°, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira.

Os direitos da personalidade são intitulados pela doutrina como direitos inerentes ao ser humano, direitos que trazem dignidade, e sem eles, difícil seria uma vida digna, e a concretização de direitos ao cidadão

> Os direitos da personalidade emanam diretamente da dignidade da pessoa humana, podendo ser divididos em direitos à integridade física - e.g., direito à vida e direito ao próprio corpo - e direitos à integridade moral - e.g., direito à privacidade.[22]

Os direitos da personalidade se anunciam no direito privado, e são de suma importância para a convivência social, bem como, para o respeito as integridades física, moral e intelectual do indivíduo. Como leciona Carlos Roberto Gonçalves[23]:

> Certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como protegidas pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal.

Ao falar em personalidade, já é possível enxergar algo intrínseco, algo indissociável do ser humano, como ensina Paulo Lôbo[24]: são “os direitos não patrimoniais inerentes à

pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade(...) Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil".

No tocante as características dos direitos da personalidade, pode-se falar em um primeiro momento na irrenunciabilidade e intransmissibilidade que permeiam os mesmos, pois essas características estão intimamente ligadas. A irrenunciabilidade diz respeito a repulsa ao não exercício voluntário de tais direitos, seria a vedação a renúncia dos direitos em estudo. Gonçalves[25] argumenta acerca das características supramencionadas:

> Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade etc.

Outra característica a ser observada nos direitos da personalidade é a imprescritibilidade, fazendo menção a não alteração do exercício desses direitos pelo decurso do tempo, sendo assim, não há de se falar em perca de direitos da personalidade pelo seu não exercício, como ensina Chaves e Rosenvald[26]:

> (...)a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade. Inexiste, portanto, prazo extintivo para que seja exercido um direito da personalidade. Não se confunde, todavia, com a prescritibilidade da pretensão indenizatória decorrente de um eventual dano à personalidade. Nesse caso (pretensão reparatória pecuniária), prescreve, normalmente, em três anos a pretensão de obter indenização pelos danos sofridos, inclusive decorrentes de violação aos direitos da personalidade (CC, art. 206, § 3º , V).

Outra característica que é importante frisar, é que os direitos da personalidade são absolutos, por assim dizer, a doutrina faz referencia a oposição de respeito frente a todos, com efeito *erga omines,* impondo que todos os indivíduos respeitem e não extrapolem limites impostos pelos direitos da personalidade.

Por fim, é interessante lembrar que os direitos da personalidade são vitalícios, isso quer dizer que, se extinguirão junto com a personalidade jurídica do indivíduo. Vale por bem lembrar, que mesmo com a morte, alguns direitos da personalidade devem ser ainda, respeitados, como ensina Gonçalves[27]:

> g) Vitaliciedade- Os direitos da personalidade inatos são adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa até sua morte. Por isso, são vitalícios. Mesmo após a morte, todavia, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor, por exemplo.[28]

4.1. LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dispõe o Código Civil[29] brasileiro:

> CC. 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.

Entretanto, surge a pergunta: o referente dispositivo sobre a limitação voluntária deve ser interpretado em sua literalidade? A resposta trazida pela doutrina é que não, ao ler o dispositivo supramencionado, deve o leitor, o interpretar de forma flexibilizada e passível de relativização.

Joaquim de Sousa Ribeiro[30] esclarece que autonomia privada é "um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam". Segundo o autor ocorre o regramento pelo próprio titular, que fica obrigado aos efeitos vinculativos da regra que ele mesmo cria.

Uma das grandes tradições pregada pelo direito privado desde os seus primórdios, é a autonomia da vontade, trazendo ao indivíduo antes de tudo, capacidade e liberdade para gerir sua vida. É em cima dessa perspectiva de liberdade, que a doutrina enxerga a possibilidade de não exercer temporariamente alguns direitos preceituados no Código Civil. No tocante ao tema, a doutrina apresenta uma indisponibilidade relativa, como explicam Chaves e Rosenvald[31]:

> Todavia, a compreensão dos direitos da personalidade deve ocorrer em perspectiva de relativa indisponibilidade, impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando, assim, a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual.

É acerca dessa possibilidade de limitação voluntária que a presente pesquisa se debruça, para tanto, será analisada essa possibilidade no que concerne o direito à privacidade.

5. DIREITO À PRIVACIDADE: CONCEITO E ACEPÇÕES

A Constituição Federal de 1988 apresenta o direito à privacidade de forma abrangente, englobando acepções como intimidade, honra, vida privada e imagem. É notável a importância de tutelar-se relações tão intimas e privativas do indivíduo. Tais direitos são importantíssimos, e proporcionam uma convivência social digna, e acima de tudo limitadora, onde difícil seria imaginar uma sociedade onde esses direitos não fossem tutelados, e suas possíveis violações, não fossem passiveis de sanções jurídicas.

Para Victor Drummond[32] "a privacidade seria a distância confortável que as pessoas mantêm, espontaneamente, desde sua mais profunda individualidade até o mundo exterior". O direito à privacidade vem como uma proteção para indivíduo, proporcionando a ele uma convivência confortável no seu mais íntimo interior, sem interferências externas.

Apesar de parecidos, os conceitos apresentados pela CRFB/88, a eles são atribuídas particularidades que os tornam sutilmente diferentes, como ensina Alexandre de Moraes[33]:

> Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. (...) Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Tem-se o direito à intimidade como pressuposto para relações de proximidade, onde há um grau maior de conhecimento, afinidade e afeto. O Próprio nome já sugere uma afeição maior nas relações, como ensina Tércio Sampaio Ferraz[34]:

> A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum).

Já na vida privada, são apresentadas relações mais cotidianas, sem um grau tão próximo de afinidade e afeto. Se refere a situações de opção pessoal que o indivíduo não gostaria que fossem conhecidas por terceiros. Também abarca situações que de alguma forma, não gostaríamos de qualquer publicidade ao quanto ao conteúdo, seja nas relações pessoais, de trabalho, entre outras. No tocante a vida privada, Tércio Sampaio[35] leciona:

> A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão.

Nos conceitos abordados acima, facilmente percebe-se critérios objetivos, do particular, para com a sociedade, aos quais ele julga necessário guardar para si. Já no tocante à honra e à imagem, tem-se uma definição de cunho subjetivo, como leciona Novelino[36]:

> A honra consiste na reputação do indivíduo perante o meio social em que vive (honra objetiva) ou na estimação que possui de si próprio

> (honra subjetiva). A indenização por danos morais decorrentes de violação à honra deve ser assegurada para pessoas físicas e jurídicas (honra objetiva). (...) O direito à imagem impede, prima facie, sua captação e difusão sem o consentimento da própria pessoa. A proteção a esse direito é autônoma em relação à honra, devendo ocorrer ainda que não haja ofensa à estimação pessoal ou à reputação do indivíduo.

A honra faz menção à reputação do indivíduo, seja ela na perspectiva objetiva, perante a sociedade, ou subjetiva, perante o próprio sujeito. Já a imagem diz respeito ao aspecto físico e figurativo do indivíduo, à própria fotografia, sem autorização, mesmo que não fira à honra, é crime fotografar e ou compartilhar sem autorização. No tocante à imagem.

É importante lembrar, que o direito à imagem passa por uma releitura, não vislumbrando apenas o caractere físico do indivíduo, como também, seus aspectos mais íntimos de comportamento, costumes e particularidades subjetivas, sob os quais, facilmente se identifica de quem está se falando. Vale por bem lembrar, que os direitos à honra e à imagem se aplicam também às pessoas jurídicas.

5.1. O DIREITO CONTEMPORÂNEO À PRIVACIDADE: SOB A ÓTICA DAS NOVAS TECNOLOGIAS E MEIOS DE COMUNICAÇÃO

O direito à privacidade, como todo e qualquer outro influenciador da vida social, sofre alterações em conformidade com os avanços sociais e mudanças nos comportamentos e convivência. Com uma tecnologia cada vez mais invasiva, desregrada e com velocidade absurda, torna-se cada vez mais difícil a proteção do direito à privacidade. As novas tecnologias podem se tornar uma ameaça ao direito à privacidade, uma vez que a exposição, por parte as vezes do próprio usuário, se propaga de forma muito rápida, dificultando uma restrição.

> O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.[37]

O que é interessante ressaltar, é que mesmo em um mundo modernizado, com avançadas e velozes tecnologias, devem ser respeitados os mais íntimos limites do indivíduo. É nesse sentido que a jurisprudência se posiciona punitiva no tocante aos crimes virtuais ou cibernéticos contra a intimidade. Como explana o julgado da Apelação

Cível nº 70062581327[38], analisada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com ementa infra mencionada:

> EMENTA: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE ADOLESCENTES. REMESSA DE FOTOGRAFIAS VIA INTERNET COM A AUTORA NUA. DIVULGAÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. EXPOSIÇÃO VEXATÓRIA. VIOLAÇÃO À IMAGEM E DA PRIVACIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DO VALOR. JUROS MORATÓRIOS. ATO ILÍCITO. I. Na hipótese dos autos, por conta do relacionamento amoroso que as partes mantinham, sendo ambos adolescentes, a autora enviou ao réu fotografias com ela nua. Tais fotografias foram divulgadas pelo demandado, via Internet, sem autorização, chegando ao conhecimento dos colegas de escola e da comunidade onde viviam, expondo a autora à situação vexatória. II. Com esta conduta, o réu violou a honra, a imagem e a vida privada da autora, direitos protegidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. Inteligência dos arts. 21 e 186, do Código Civil, e do art. 5º, X, da Carta Magna. III. Danos morais evidenciados. Manutenção do valor da indenização, considerando a condição social das partes, a gravidade do fato e o caráter punitivo-pedagógico da reparação. Tratando-se de ato ilícito, os juros moratórios incidem a partir do evento danoso, na forma da Súmula 54, do STJ. APELAÇÕES DESPROVIDAS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA RS, 2015).

O que a pesquisa quer frisar nesse ponto, é que as novas tecnologias e meios de comunicação tem suas vantagens, entretanto, no tocante ao direito à privacidade, pode haver uma flexibilização desse direito com tais inovações tecnológicas. Isto posto, se faz necessário observar sempre os limites e as restrições que protegem o direito à privacidade, para livrar-se de possíveis consequências jurídicas e reparações morais.

5.2. REALITY SHOWS E O NÃO EXERCÍCIO TEMPORÁRIO DO DIREITO À PRIVACIDADE: INCONSTITUCIONALIDADE OU LIBERDADE?

O direito à privacidade não é absoluto, isso quer dizer que, em determinadas situações, ele não será respeitado em sua integralidade. Em se tratando de um mundo cada vez mais modernizado, essa relativização torna-se recorrente e corriqueira.

> A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas não é assegurada de modo absoluto. Intervenções no âmbito de proteção do direito à privacidade devem ser consideradas legítimas quando: 1) adequadas para fomentar outros princípios constitucionais; II) necessárias, ante a inexistência de outro meio similarmente eficaz; e III) proporcionais em sentido estrito, por promoverem a realização de princípios cujas razões, no caso concreto, são mais fortes que as decorrentes do direito à privacidade.[39]

Existem vários contextos sociais que podem relativizar o direito à privacidade, porém, para presente estudo, interessa a análise acerca dos *reality shows*. É sabido de todos, que existe uma exposição desregrada e invasiva em se tratando dessa modalidade de entretenimento televisivo. Assim, essas pessoas abririam mão de seu direito à privacidade? Sabe-se que uma das características tanto dos direitos fundamentais como dos direitos da personalidade, é a irrenunciabilidade.

Um dos fundamentos para a constitucionalidade da renúncia sob o qual se fundamenta o estudo, é que no não exercício do direito à privacidade nos *reality shows,* existe um lapso temporal, não concretizando assim, uma renúncia definitiva. Alexandre de Moraes[40] faz referência também, a alguns profissionais que devem ter uma observância mais tolerante acerca do direito em apreço:

> Àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem(...) enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causai com a atividade profissional realizada.

Nota-se que os participantes dos *reality shows* sujeitam-se a se tornarem pessoas públicas, e nos ensinamentos do referido autor, nesses casos, deve-se ter uma maior tolerância na tutela jurídica da privacidade. Canotilho[41] ainda argumenta:

> Do ponto de vista jurídico-constitucional, uma pessoa que decide tornar públicos comportamentos geralmente protegidos pela reserva de intimidade da vida privada não está, por esse motivo, a renúncia desse direito, mas sim a exercê-lo autonomamente de acordo com suas próprias preferências.

Encontra-se um entendimento majoritário, acerca da possibilidade do não exercício temporário do direito à privacidade. Entretanto, o que foi discutido no presente estudo, foi o não exercício do direito à privacidade, todavia, alerta-se para a total responsabilidade no que tange excessos e abusos. Corroborando com este pensamento, o Superior Tribunal de Justiça[42] sumulou a matéria:

> São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.[43]

Percebe-se, que o STJ se preocupou em garantir reparos para danos causados em virtude da liberdade de imprensa. Deste modo, é interessante observar os limites e as consequências de atos, palavras e opiniões, mesmo no meio publicitário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando as exposições acima feitas, chega-se à conclusão que os *reality shows* destacam o momento social contemporâneo onde, de um lado, evidencia-se um alargamento da proteção jurídica conferida aos direitos da personalidade, e do outro, segurança a direitos constitucionalmente previstos como: liberdade de consciência, expressão e imprensa.

Outrossim, conclui-se que o não exercício temporário do direito à privacidade, sob um olhar especifico dos *reality shows,* não configura uma inconstitucionalidade, haja visa, que tal renúncia é temporária e voluntária. Observando correntes doutrinárias contemporâneas, analisa-se que a relativização do direito à privacidade pode se dá em inúmeros contextos sociais e políticos, passando a ser de grande relevância analisar as novas interpretações de tal direito.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jésus Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. 1°. ed. São Paulo: Elsevier/Método, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**, 2°. ed. São Paulo: Impetus, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9°. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406. htm>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil:** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 06 de abril de 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70062581327. Quinta Câmara Cível**. Relator: Jorge André Pereira Gailhard. Apelante/Apelado: S.A.N, R.A.C; interessado: D.S. Porto Alegre, 27 de maio de 2015. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70062581327&proxystylesheet=tjrs_index

&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as _eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n°. 221: São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.** Disponível em: www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprudência/Súmulas. Acesso em:20 de maio de 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Coutinho. 7°. Reimpressão. Rio de Janeiro: Campus /Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18°. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Reality Shows" e Liberdade de Programação**. 4°. ed. Portugal: Coimbra, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3°. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 1 parte geral e LINDB.** 13°. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DRUMMOND, Victor. **Internet, privacidade e dados pessoais.** 1°. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro parte geral.** 14°. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16°. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3°. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13°. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12°. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1988

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9°. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **O problema do contrato – as cláusulas contrauais gerais e o princípio da liberdade contratual**. 4°. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

NOTAS

1. [1] Os *reality shows* são programas televisivos que tratam de acontecimentos da vida real, outro fator que caracteriza este tipo de programa, é que os participantes são pessoas reais e não personagens de uma trama.
2. [2] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, 2005, p. 109-110.
3. [3] COMPARATO, Fábio Konder, 2003, p. 40.
4. [4] BOBBIO, Norberto, 2004, p. 9.
5. [5] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 282.
6. [6] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 272
7. [7] ALARCÓN, Pietro, 2004, p. 79.
8. [8] LENZA, Pedro, 2012, p. 960.
9. [9] BONAVIDES, Paulo, 2006, p. 563-564.
10. [10] BONAVIDES, Paulo, 2006, p. 571.
11. [11] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 284.
12. [12] LENZA, Pedro, 2012, p. 963.
13. [13] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 281.
14. [14] SILVA, José Afonso, 2005, p. 181.
15. [15] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, 2008, p. 102.
16. [16] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 285.
17. [17] SILVA, José Afonso da. 2005, p. 45.
18. [18] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 21.
19. [19] GONÇALVES, Carlos Roberto, 2015, p. 45.
20. [20] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 15.
21. [21] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2015, p.139.
22. [22] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 347.
23. [23] GONÇALVES, Carlos Roberto, 2015, p. 188.
24. [24] LÔBO, Paulo, 2012, p. 130.
25. [25] GONÇALVES, Carlos Roberto, 2015, p. 191.
26. [26] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 144.
27. [27] GONÇALVES, Carlos Roberto, 2015, p. 194.
28. [28] GONÇALVES, Carlos Roberto, 2015, p. 194.
29. [29]Lei 10.406/2002, Código Civil
30. [30] SOUSA RIBEIRO, Joaquim de, 2003, p. 21-22.
31. [31] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 142.
32. [32] DRUMMOND, Victor, 2003, p. 18.
33. [33] MORAES, Alexandre, 2014, p. 54.
34. [34] FERRAZ, Tércio Sampaio, 1988, p. 268.
35. [35] FERRAZ, Tércio Sampaio, 1988, p. 268.
36. [36] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 337.
37. [37] SILVA, José Afonso da. 2005, p. 209.
38. [38] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n°: 70062581327.
39. [39] NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 348.
40. [40] MORAES, 2014, p. 54-55.
41. [41] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2003, p.56-57.
42. [42] Súmula 221, Superior Tribunal de Justiça.
43. [43] Súmula 221, Superior Tribunal de Justiça.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE - APLICAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Felipe Espolador Scarpeta[1]
Claudio Cezar Orsi[2]
Luiz Roberto Prandi[3]

RESUMO: O presente estudo ancora-se na jurisprudência internacional, a fim de analisar o dispositivo que rege a perda da chance de forma indenizatória, posto que o dispositivo não se enquadra nos danos emergentes e nem nos lucros cessantes, pois está exatamente ao meio, e quando não analisado de forma correta, interpretando mal o caso concreto, poderá o beneficiário dessa indenização receber menos do que merecido. Assim, elencando como surgiu a perda da chance no âmbito do direito internacional, onde o primeiro acordão foi inglês e surgiu no ano de 1911, posteriormente no direito brasileiro o primeiro acordão foi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 1991, e no Superior Tribunal de Justiça – STJ o primeiro acordão foi publicado em 2005. Inicia-se, assim, uma demanda de pedidos baseados nessa teoria que gerou diversas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Responsabilidade civil; Superior Tribunal de Justiça – STJ; Indenização.

[1] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama – Paraná, integrante do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). Endereço eletrônico: felipeespoladorscarpeta@gmail.com

[2] Mestre em Direito Processal Civil e Cidadania, Advogado e Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR – UMUARAMA – PARANÁ. Endereço eletrônico: claudioorsi@onda.com.br

[3] Doutor em Ciências da Educação, Professor Titular do Curso de Direito e Pesquisador da Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama – Paraná. Endereço eletrônico: prandi@prof.unipar.br

1 INTRODUÇÃO

Todo o cidadão tem o dever jurídico e moral de indenizar quando cometido ato ilícito a outrem, mesmo que por culpa, assim dispõe a Constituição Federal de 1988, artigo 5° inciso X "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 2012), para demonstrar a grande importância do dever de indenizar quando violado o direto de outrem, o legislador reafirma esse dever na lei n° 10.406/02 ou Código Civil de 2002, nos artigos 927, *caput*. "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (BRASIL, 2002).

Assim, estabelece a norma jurídica três formas indenizatórias; Lucros Cessantes, Dano moral e Danos emergente, contudo ao passar dos anos surgiu a teoria da chance perdida, sua primeira aplicação foi no tribunal da Inglaterra, posteriormente na França, Itália e Estados Unidos da América - EUA, depois imigrando para o Brasil quando ocorreu sua primeira aplicação no ano de 1991.

Posto isso, a teoria da perda de uma chance dispõe dos seguintes critérios: Deve ser analisado se existe probabilidade e não a mera possibilidade ou a hipótese do ocorrido, deve haver nexo causal, ato ilícito, a chance perdida deve ser séria e real, juntamente com os demais itens que devem ser analisados no caso concreto.

O presente trabalho visa analisar o que é a chance perdida, os julgados franceses que fizeram com que os advogados trouxessem essa teoria e a aplicassem no ordenamento jurídico brasileiro, por fim como os tribunais em especial o Superior Tribunal de Justiça – STJ estão lidando com essa teoria.

Dessa forma, o artigo elucidara questões como; se um aluno promissor perde o vestibular por culpa de outrem, esse é merecedor de indenização? Caso o advogado perca o prazo de recurso (apelação, contrarrazões, etc...) o representado terá direito a indenização? O médico que por negligência deixa o paciente morrer terá esse o dever de indenizar? Se o paciente era formando do curso de medicina e assim os pais deixaram de ter seu sustento futuro realizado por ele, terão os pais direito a indenização? Todos esses acontecimentos do mundo real, são questionamentos no mundo jurídico, com a possibilidade de serem incluídos ou não no instituto da perda de uma chance.

2 HISTÓRICO DA PERDA DA CHANCE

Antes de 1911, foram realizados diversos julgados baseado na perda da chance, contudo, nenhum foi julgado procedente. Analisando-se superficialmente a história da perda da chance encontra-se-á o ano de 1889, contudo esse julgado já foi analisado e derrubado pelos doutrinadores com a seguinte disposição "[...] a origem da teoria da perda de uma chance a um julgado proferido em 17.07.1889 pela *Chambre de Requêtes* da Corte de Cassação. Uma análise mais minuciosa da decisão e daquelas que sucederam revela o quanto essa concepção é equivocada." (CARNAÚBA, 2012, p.02).

Desse modo, o primeiro acordão foi inglês proferido no ano de 1911 no caso Chaplin v.

Higs, onde a autora foi impedida de participar de um concurso que era uma das cinquenta finalistas, fato esse que gerou grande repercussão. Em 1932 na França acontece o primeiro acordão juntado pela Corte de Cassação Francesa :

> [...] Na decisão, aliás, pouco conhecida ou citada, a *Chambre de Requêtes* confirmou o entendimento dos juízes de segunda instância, que haviam condenado um notário que, por sua culpa, privara seu cliente da 'chance de adquirir a propriedade rural que ele desejava'. A Alta corte ressaltou que havia, em tal caso, 'um prejuízo' e 'um nexo causal entre o ato culposo e o prejuízo'. (CARNAÚBA, 2012, p.08).

Dois anos depois, ainda na França, foi proferido o primeiro acordão referente à reparação da chance perdida por culpa de um advogado no qual deixou prescrever a ação, assim perdendo a chance de realizar o recurso. "Há uma certeza, visto que, proposta no prazo previsto em lei, a ação poderia resultar em uma decisão favorável, conquanto, intentada depois do prazo, ela estaria fatalmente fadada ao fracasso. " (CARNAÚBA, 2012, p.08).

No Brasil o primeiro acordão foi proferido pela quinta câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 29 de agosto de 1991, cujo processo foi inteiramente fundamentado no instituto da perda de uma chance a responsabilidade civil, nos autos a autora reclama da chance perdida por culpa do advogado no qual não cumpriu com seu devido papel. Assim dispôs o Desenbargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

> Nesse contexto, o advogado que propõe uma ação e constata o extravio dos autos entre a distribuição e o cartório para o qual foi destinado, deve, em primeiro lugar, informar a parte do incidente havido e, seguida diligenciar para a restauração dos autos,na forma da lei processual civil. (BRASIL, 1991).

O mesmo também estabelece, "Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda da chance, dentro do instituto da responsabilidade civil. " (BRASIL, 1991).

Só de forma histórica, já responde um dos questionamentos realizados na introdução do artigo, visto que, o primeiro julgado de indenização fundamentado na perda de uma chance foi realizado contra um advogado pela sua negligencia.

2.1 NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO, INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO

Ressalte-se que, nesse caso em especial, quando ocorre a perda do prazo pelo advogado causando dano patrimonial ou extrapatrimonial ao seu representado. O mesmo juízo torna-se incompetente para a análise da demanda da perda de uma chance.

Visto que, se o juiz de primeiro grau julgando improcedente os pedidos realizados pelo advogado que perdeu o prazo, quando o representado por ele que teve o dano, ajuizar ação de indenização pela perda de uma chance, contra o advogado negligente, quando o juízo tiver de analisar o mérito dos primeiros autos para ver se existia a probabilidade de

ganho, obviamente esse juízo não dará procedência, visto que já não houvera dado anteriormente.
Assim, é incompetente o juízo.

3 CARACTERÍSTICAS DA PERDA DE UMA CHANCE

As características essenciais da perda da uma chance é a que presume a chance de conseguir algo (lucro) ou deixar de perder tem de ser séria e real não podendo ser meramente hipotético, análise do nexo causal, assim dispõe sobre a chance séria e real: "A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento" (SAVI, 2006 apud VENOSA, 2014, p. 44).

Vale ressaltar que o Conselho de Justiça Federal – CJF, no enunciado 444 estabelece que a perda de uma chance não se limita a danos extrapatrimoniais, assim descrevendo:

> 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. (BRASIL, 2012).

Quando se fala que não pode ser mera chance hipotética, significa que não pode ser esperança subjetiva, ou pensamento demasiado assim, "[...] a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. " (SILVA, 2013, p. 138) o autor relata a necessidade de chance real, deve existir probabilidade e não devendo ser aplicável essa teoria em casos meramente hipotéticos.

Segundo Pereira (1999 apud VENOSA, 2014, p. 44), "É claro, então, que, se a ação tiver fundamentada em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na ideia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se na certeza do dano. Assim, [...] a indenização sendo na proporção das perdas, que foram realizadas por culpa de outrem, contudo a o valor da indenização nunca poderá chegar ao valor final calculado, visto que, a indenização é sobre a chance perdida e não sobre a coisa não adquirida/conquistada ou que deixou de perder.

4 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Até o presente momento o Superior Tribunal de Justiça – STJ, possui oitenta e três acórdãos e dentre eles doze informativos de Jurisprudência, sendo o primeiro acórdão do STJ julgado no dia 08/11/2005, publicado em 13/03/2006. O presente recurso especial que foi julgado pela quarta turma, nela sendo o Ministro Relator Fernando Gonçalves, em síntese a lide ocorreu pois em um programa de televisão (Show do Milhão), sobre perguntas e respostas, que a premiação final seria de R$ 1.000.000,00. Chegando a autora na última pergunta, mas desistindo visto que não tinha o conhecimento da resposta, visto que, nas alternativas não possui resposta correta.

Nesta lide, o Min. Relator dispõe:

> Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. (BRASIL, 2005, p. 08).

Desse modo, o primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, reforça o entendimento doutrinário e jurisprudencial internacional de que a ação não pode alcançar o máximo que foi perdido ou deixado de ganhar, visto que se confundiria com os lucros cessante.

Fundamentou , assim, o Ministro no mesmo acórdão o cálculo referente a indenização:

> A quantia sugerida pela recorrente (R$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma 'probabilidade matemática' de certo de uma questão de múltipla escolha com quatro itens reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. (BRASIL, 2005, p. 09).

Como já *ut supra* esse foi o primeiro julgado no Brasil, assim abrindo as portas para a aplicação da teoria da perda de uma chance, dentre diversos acórdãos, será descrito *ut infra* os informativos de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, assim elucidando alguns dos questionamentos trazidos no item 1, último parágrafo deste artigo.

Informativo n° 376, dispõe da negligência do advogado com respeito a perda do prazo recursal, mesmo que os serviços do advogado não garantam os fins mas sim os meios esse tem o dever ético e normativo de cumprir com seu serviço utilizando de todas as possibilidades estabelecidas pela norma jurídica.

Publicado o acórdão em 2009, dispoe a Ministra Relatora Nancy Andrighi o seguinte:

> Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frusta as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. – A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais e quanto aos danos morais. (BRASIL, 2009).

Na fundamentação do acórdão proferido pela Ministra. Enfafiza que a pretensão deve ser séria e real, não sendo reparado a esperança subjetiva.

Assim, dispondo novamente sobre a responsabilidade civil do advogado a respeito da

perda do prazo, o informativo n° 456 estabelece que:

> Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da 'perda de uma chance' devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recurso, que enseja sua automática responsabilidade civil com base naa teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitorioso. (BRASIL, 2010).

Mostrando o julgado *ut supra* que para o advogado a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, entende que além dos requisitos já trazidos no item 3, ainda deve existir a probabilidade de ganho da demanda anterior. Anteriormente foi *ex positis* o primeiro julgado baseado na teoria já citada, gerando indenização mesmo se não houvesse a possibilidade de ganho, contudo como nota-se com o passar dos anos a jurisprudência foi se adequando, dessa forma, pode-se entender que a jurisprudência atual dispões da probabilidade de ganho da lide anterior para existir a indenização pela perda da chance.

Destaque-se que, a teoria da perda de uma chance se enquadra em todas as matérias de direito, assim demonstra o informativo n°443 a respeito de matéria de direito eleitoral, em que o autor foi indenizado por não ter ganhado como vereador por oito votos, visto que a ré mentiu fatos sobre ele, assim dispõe:

> III. - Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV. – Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangolo, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrente, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. (BRASIL, 2010).

Então traz os informativos jurisprudências mais atuais como n°513 que aplica e reafirma a tese de que a perda da chance não pode ter o valor indenizatório máximo. Isto é, não pode chegar ao valor máximo pois isso seria uma questão de indenização por lucros cessantes, e a perda da chance é calculada pela probabilidade de se chegar ao valor final, sendo a probabilidade junto com o valor final gerando assim o valor que deverá ser indenizado.

Assim, no informativo n° 513, a Ministra Nancy Andrighi reforma, reduzindo a indenização, em 20%, com a seguinte fundamentação: "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. ” (BRASIL, 2013).

O informativo mais atual onde menciona a teoria da perda e uma chance é o n° 549 de 2014, no qual era relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – Terceira Turma. Que arbitrou a indenização pelo dano extrapatrimonial no montante de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), visto que os autos dispos sobre o recem nascido que foi lesado pelo não recolhimento de suas células embrionárias quando nasceu, pela empresa que foi contratado.

> 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. (BRASIL, 2014).

Sendo o informativo *ut supra* o primeiro a indenizar de forma extrapatrimonial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo esclarece o início da aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito jurídico mundial. Surgindo na Inglaterra em 1911, após aplicado na França pela primeira vez em 1932 e assim diversas outras vezes.

Desse modo, foi sendo modelada e cada vez mais moldada nas Cortes Francesas, tanto que a jurisprudência americana aplica o mesmo entendimento francês, que é o mesmo aplicado no Brasil.

O primeiro julgado aconteceu em 1991, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posteriormente, o primeiro julgado a chegar ao Superior Tribunal de Justiça – STJ foi em 2005.

Caso esse que ficou nacionalmente conhecido, por dois motivos: por ser o primeiro no Superior Tribunal de Justiça – STJ, fundamentado com a teoria da perda de uma chance e segundo pela última resposta do programa não existir resposta correta e o programa ser de conhecimento nascional.

A teoria foi moldada e assim interpretada pelos magistrados e doutrinadores com passar do tempo, criando pilares fixos dessa teoria. Tal entendimento está entre o lucro cessante e dano emergente, deve existir nexo causal, chances sérias e reais, deve existir probabilidade não a possibilidade, não pode ser esperança subjetiva ou mera hipótese de lucro ou deixar de perder. Assim também pode ter como indenização danos

extrapatrimoniais. Como bem estabelecido no enunciado 444 do CJF.

Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, esclarece que: mesmo os médicos e advogados que fornecem o serviço como meio e não como fim, tem grande possibilidade de causarem dano e assim serem vítimas de lides baseados na teoria da perda de uma chance.

Contudo, para os advogados, com o passar dos anos, carece de comprovação a probabilidade de ganho da lide inicial, para poder existir dano relacionado a perda de uma chance.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 8 de outubro de 1988. 36. ed. Brasília, DF: Senado – DF: 1988, 2012.

_____. Concelho de Justiça Federal - CJF. **Enunciado** n° 444. Disponível em <http:// http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 821.004. Parte Litigante Vilma De Lima Oliveira – Espolio e outros, Relator Nancy Andrighi, 04 dez. 2012. <Ww2.stj.jus.br>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 11.901.880. Parte Litigante Onofre Dal Piva, Relator Luiz Felipe Salomão, 16 nov. 2010. <Ww2.stj.jus.br>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 821.004. Parte Litigante Marcelo Silva Vitor Amaral, Relator Sidinei Beneti, 16 ago. 2010. <Ww2.stj.jus.br>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.045.887. Parte Litigante Segredo de Justiça, Relator Nancy Andrighi, 08 set. 2009. <Ww2.stj.jus.br>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 788.459. Parte Litigante Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Relator Fernando Gonçalves, 08 nov. 2005. <Ww2.stj.jus.br>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.291.247. Parte Litigante Carlos Márcio da Costa Cortázio Corrêa e outros, Relator Paulo de Tarso Sanseverino, 19 ago. 2014. <Ww2.stj.jus.br>.

_____. Tribunal De Justiça do Rio Grande Do Sul - TJRS. **Apelação** n° 591.064.837, Relator: Desembargador Ruy Rosado De Aguiar Júnior. 29 de ago. 1991.

CARNAÚBA, D. A. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista Dos Tribunais Online**, v.922, p.139, ago. 2012.

SILVA, R. P. D. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138

VENOSA, S. S. **Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44.

A DUPLA PATERNIDADE E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO CIVIL - AS REPERCUSSÕES DA DUPLA PATERNIDADE NO DIREITO DE SUCESSÃO

Bruno Rocha Paes[1]
Anne Alice Nogueira Alves Costa[2]
Larissa Pereira Alves[3]
Luckas Tarik Cordeiro Santana[4]
Profa. Orientadora Ricele Brandão Barros[5]

RESUMO: Com o passar dos anos o Direito Civil veio se inovando, reconhecendo as relações interpessoais e legalizando as uniões, trazendo a luz do Direito o reconhecimento da dupla paternidade. Esse feito pode seguir por duas vertentes a primeira delas é a questão afetiva, que foi adotada pelo direito civil, no qual ganha espaço e solidifica direitos antes não reconhecidos pelo ordenamento jurídico e a segunda e a que poderá gerar alguns problemas no que tange ao patrimônio das partes, que terão seus direitos de sucessão questionados e eventuais necessidades alimentícias. O presente trabalho busca demonstrar que estes possuem capacidade processual para postular essas ações, pois, o reconhecimento de paternidade é um assunto de extrema importância na nossa sociedade e que poucas pessoas sabem sobre os seus procedimentos e seus efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil, Dupla Paternidade, Efeitos, Reconhecimento

1-Bacharel em Fisioterapia, Tabelião Substituto do 1º Ofício de Notas- VDC. Especialização em Direito Notarial e Registral, Especialização em Direito da Família e Mediação de Conflitos UCAM (em andamento) Mestrando em Sistemas Alternativos de Resolução de Conflitos- UNLZ, Argentina, graduando do 7° semestre de Direito- FAINOR, brunor_paes@yahoo.com.br
2--Graduanda do 7º semestre de Direito, FAINOR Estagiária da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, discente de iniciação científica PIVIC do grupo de pesquisa Labedire (laboratório de estudos do direito e do discurso (FAINOR) annealicenac@gmail.com
3-Graduanda do 7º semestre de Direito, FAINOR Estagiária da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional lari.a@hotmail.com
4-Graduando do 7ºsemestre de Direito, FAINOR Estagiário da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Tarikcordeiro@icloud.com.br
5-Advogada, Vice coordenadora e Professora do Curso de Direito da FAINOR, Especialista em Práticas Trabalhistas, Tributarias e Previdenciárias. Mestranda em Direito pela UNIFG, ricelle_barros@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é dar um breve panorama acerca da forma que o Direito civil trata a aceitação e as consequências do reconhecimento da dupla paternidade. Esse feito requer atenção, pois leva a duas vertentes uma delas é a modernização do direito civil que abraçou a questão afetiva e garantiu direitos importantes aos filhos que agora podem ter dois pais o afetivo e o biológico na sua certidão de nascimento. E a segunda é que por outro lado, esse ato pode trazer algumas preocupações no que tange ao direito de sucessão, no qual esse filho terá todos os direitos inerentes ao patrimônio e ou questões alimentícias atendidas pelos pais.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Ao menos duas vezes na vida as pessoas passarão pelo Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, seja para Registrar um nascimento quando nascerá conjuntamente sua personalidade civil conforme descrito no Código Civil de 2002 em seu Art. 2° que dispõe: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida"; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Esse primeiro passo, trará grandes repercussões em toda a vida da pessoa, garantido Direitos Constitucionais e deveres estabelecidos em Lei, e o que acarretará a inclusão dessa pessoa ao mundo jurídico. Ainda nesse Cartório e pela última vez, se dará o Fim da personalidade Civil, com a morte da pessoa conforme está elencado no Art. 6º: "A existência da pessoa natural termina com a morte"; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Com o nascimento com vida, o primeiro documento da pessoa é a Certidão de Nascimento, e este é um dos mais antigos registros que se pode recordar e que teve seu princípio no período de colonização, cuja função registral era da Igreja (registro eclesiástico) que seguia a risca as Ordenações do Reino Português. A igreja nessa época era considerada um braço da coroa Portuguesa e com a vinda da família real e a abertura dos portos para as negociações, tivemos a migração de estrangeiros de varias partes do mundo dentre eles protestantes, muçulmanos, judeus quem em suma, não eram católicos. Porém, como esse registro era realizado pela Igreja Católica, não entravam os descendentes desses imigrantes nascidos no Brasil por não serem católicos. Com isso nasce a necessidade de um Registro que fosse capaz de abraçar todos os nascidos no Brasil, sem distinção de religião.

De acordo com a Lei n.º 586/1850 – Lei Orçamentária para os anos de 1851 e 1852e com o advento da instalação da corte portuguesa ao Brasil trouxe várias mudanças para vida dos brasileiros, demandando modernização da sociedade daquele período.

Somente após a independência e mais de 40 anos depois da chegada da nobreza portuguesa ao Brasil foi editada a primeira norma que iria tratar do Cartório de Registro Civil cuja Lei era a n.º 586, de 06 de setembro de 1850. A referida legislação, não era exatamente uma lei normativa de registro, mas uma lei orçamentária para os anos de 1851 e 1852, que se tratava de lei de natureza financeira e não de regramento de direito

notarial que abordaria registro civil das pessoas naturais. No entanto, em seu artigo 17, § 3.º, a Lei 586/1850 autorizou o Governo a levar a cabo o Censo Geral do Império e a estabelecer registros regulares de nascimentos e óbitos, para que assim organizasse o censo, que foi aprovado com o Decreto n.º 797, de 18 de junho de 1851.

Aprovado o decreto, nasce com ela alguns problemas como o reconhecimento da paternidade. Os relacionamentos instáveis da época acabaram gerando muitos filhos de mães solteiras, cuja relação não era reconhecida pela sociedade e tão pouco, pelo código vigente da época. No entanto, com passar dos séculos e com a transformação da sociedade, os códigos tiveram que acompanhar e se modificarem para que de alguma forma as pessoas tivessem os seus Direitos garantidos.

Nessa perspectiva, o Direito registral veio se modernizando e dando inclusive o direito de reconhecimento dos filhos em várias modalidades. No entendimento de GASPAR (1996) o ato de reconhecimento de paternidade pode acontecer de duas formas, sendo ela espontânea denominada perfilhação ou forçado no qual será necessário acionar a justiça para a investigação de paternidade, mas independentemente do tipo ambas serão irrevogáveis de acordo o Art. 1610 do código civil 2002. As modalidades que hoje encontramos nos Cartórios de Registro Civil são a) no próprio termo de nascimento; aquele cujo pais recebem na maternidade e leva para o cartório b) por escritura pública; está é lavrada no cartório de notas por um Tabelião c) por testamento, como descreve o art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Art. 26, “os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.

Mais tarde a lei 8.560/92 ampliou e regulou o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento dispondo por escritura particular e manifestação expressa e direta perante o juiz além, dos demais parágrafos do presente artigo.

> Art. 1° O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
>
> I - no registro de nascimento;
> II - por escritura pública ou escrita particular, a ser arquivado em cartório;
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
> IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.
> Art. 2° Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.
> § 1° O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

> § 2° O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.
> § 3° No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

Existem dois sujeitos envolvidos neste ato, de reconhecimento que são os sujeitos passivo e ativo. A legitimidade ativa será sempre do autor da ação que pode ser tanto o filho quanto do pai. Mas nem sempre foi assim, segundo Luz (1996, p.108) esclarece que com o advento da lei 8.560/92, a legitimidade ativa, ou seja, aquele que poderia ingressar com a ação pertencia única e exclusivamente ao filho, mediante representação ou da mãe se fosse menor. Esse ato trata-se de ato personalíssimo ex: VI do art.363 CC, indisponível e imprescritível podendo ser acionado inclusive os herdeiros, caso o genitor tenha falecido.

No polo ativo encontramos três interessados que são legítimos para requerer o reconhecimento de paternidade, são eles: o nascituro, o filho e o Ministério Público.

O nascituro caracteriza como aquele que ainda não nasceu este será sempre representado pela sua genitora que detém legitimidade para ingressar com a ação investigatória contra seu suposto pai biológico. O art. 26 § único do Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza o reconhecimento da paternidade antes mesmo do nascimento.

O filho tem legitimidade para ingressar com a ação contra o suposto pai, este se menor de idade será representado por sua mãe.

O Ministério Público nem sempre teve legitimidade para ingressar com tal ação, somente a partir da lei 8.560/92 é que obteve autorização para ingressar com a investigação de paternidade. Porém, o Ministério Público precisará ser provocado, através das próprias partes interessadas ou por um advogado constituído por eles.

PEREIRA (2009) destaca que o Direito Civil da atenção ao estado de filiação, que pode decorrer tanto do nascimento ou que pode proceder de um ato jurídico, como é o caso da adoção.

Quem foi reconhecido de forma voluntária ou coercitiva, investe-se no estado de filho, assumindo os deveres e adquirindo direitos que lhe são característicos ou que dele decorrem conforme afirma PEREIRA (2009).

Discorre, também, o mesmo autor que em relação aos filhos fora do casamento a lei exige um reconhecimento, seja ele voluntário ou não. Em caso de não ter havido um ato espontâneo e formal do pai, ou uma sentença a qual declarou a paternidade, não existe juridicamente a filiação, vez que não há o estado oficial, um status cuja definição consta em lei.

MATERIAIS E METODOS

Para a realização desta pesquisa realizou-se uma análise crítico-reflexiva de artigos leis, livros, acórdãos e provimentos do Conselho Nacional de Justiça publicado, de modo a caracterizá-la como uma pesquisa exploratória.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Com a evolução da humanidade uma nova denominação surge para a família e passamos reconhecer muitas formas de família, como é o caso da família sócio.

afetiva, que tem a sua gênese embasada no amor ao próximo, o que consequentemente faz com que os laços familiares ganhem cada vez mais força e importância no Direito de Família, chegando a se sobrepor a questões biológicas que até então eram tão importantes. A dupla paternidade vem se tornando cada vez mais comum, e o que antes só o pai biológico poderia fazer, agora o pai socio afetivo também pode ter seu nome na certidão de nascimento de seus filhos afetivos.

Com o advento dessas mudanças surge uma lacuna jurisprudencial, visto que o direito desses indivíduos ainda não foi questionado judicialmente, como o caso da dupla paternidade que em tese o filho terá todos os direitos sucessórios e se preciso a assistência alimentar de ambos os pais.

O que aparentemente parece ser benéfico, precisa na verdade de uma atenção redobrada, pois os critérios estabelecidos para adoção de um novo pai ainda são muito frágeis. È importante considerar, neste sentido, que o reconhecimento da paternidade não pode dar-se para apenas alguns aspectos, pois, a paternidade, quando reconhecida traz consigo todos os direitos e deveres inerentes ao instituto devendo esta, ser plena e segura, incluindo os direitos de sucessão que poderá ser o grande problema enfrentado pelas partes envolvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, novos estudos devem ser realizados para aprofundar a temática e ademais com a finalidade de elucidar eventuais entendimentos contraditórios sobre o tema debatido, e, ao mesmo tempo auxiliar aos estudiosos do Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 01-06-2018

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01-06-2018

BASTOS, José Tavares. O Registro Civil na República – Nascimentos, Casamentos e Obitos. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1909.

Decreto n.º 797, de 17 de junho de 1851. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-797-18-junho-1851-559435-publicacaooriginal-81652-pe.html>. Acesso em: 12-06-2018

Decreto n.º 798, de 18 de junho de 1851. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-798-18-junho-1851-559436-publicacaooriginal-81654-pe.html>. Acesso em: 01-06-2018

GASPAR, Valter. **Resumo de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996

Lei n.º 586, de 06 de setembro de 1850. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-586-6-setembro-1850-59826-publicacaooriginal-82237-pl.html>. Acesso em: 12-06-2018.

Lei 8069/90 | Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 disponível em https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91764/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-lei-8069-90#art-26 Acesso em 14 de julho de 2018

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de Direito de Família**. Caxias do Sul, RS: Mundo Jurídico, 1996.

https://www.webartigos.com/artigos/formas-de-reconhecimento-de-paternidade-voluntaria-ou-judicial/59796

https://jus.com.br/artigos/34790/reconhecimento-de-paternidade-e-seus-efeitos

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Filiação fora do casamento. In:_____. Instituições de Direito Civil: direito de família. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 345-401.

A INFLUÊNCIA DO CAPITAL ERÓTICO NO AMBIENTE ORGANIZACIONAL BRASILEIRO VINCULADO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ABUSO DA AUTONOMIA PRIVADA.

Raquel de Jesus Almeida Dourado[1]

Roberto Mongelos Wallim Júnior[2]

Resumo: A beleza, o charme, o dinamismo, as habilidades físicas e sociais influenciam as relações interpessoais e são predicados superestimados social e economicamente em nossa cultura. A socióloga Catherine Hakim (2012) desenvolveu o conceito de *capital erótico* e sua influência nos ambientes organizacionais, e que com estes atributos há maior probabilidade de conquistar, manter e obter promoções na carreira, além de melhores remunerações. Mediante revisão bibliográfica e pesquisas em campo, constatou-se marcante influência desse capital nas relações interpessoais nos setores privados e que o desenvolver do capital erótico – características inatas ou apreendidas - se configura como mecanismo para maximizar o exercício dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e imagem, por exemplo, não devendo ser discriminada ou taxada como comportamento imoral. Entretanto, entendemos que nesse processo de contratação no âmbito privado existe um conflito entre os direitos fundamentais e o direito à autonomia privada, que se observa no processo de contratação nos setores organizacionais privados, em que, a autonomia privada no processo de não contratação, demissão e não promoção, pode se configurar como abuso de poder e violação aos direitos basilares dos indivíduos, cabendo dessa forma, indenização por danos morais.

Palavras-Chave: Capital Erótico; Direito Fundamental; Dano.

abuse of power and violation of the basic rights of individuals, and thus, compensation for moral damages.

Keywords: Erotic Capital; Fundamental Law; Damage.

[1] Graduanda (2016.1 – 2020.2) em DIREITO, 5º período pela Universidade Ceuma; pesquisadora voluntária da Universidade Ceuma. Endereço eletrônico: raqueljad1998@gmail.com

[2] Graduado no Curso de DIREITO pela Universidade Luterana do Brasil (2000). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Mestrando em Ciências Jurídicas e Políticas Públicas pelo CECGEP e Uni. Portucalense; Professor Universitário na Universidade Ceuma. Endereço eletrônico: wallimjr@gmail.com

INTRODUÇÃO

A beleza e a apresentação pessoal são atributos valorados socialmente em diferentes culturas e épocas, embora o culto do homem ao corpo não seja uma preocupação recente, - os gregos, por exemplo, tinham em Apolo, o modelo da perfeição biofísica - nas sociedades modernas a aparência física tende a ser superestimada. A cientista social Catherine Hakim, pesquisadora sênior da London School of Economics and Political Science, possui vários artigos de prestígio internacional e acadêmico, de temáticas voltadas ao mercado de trabalho, emprego das mulheres e a segregação social, as diferenças salariais, empreendedorismo, orientações de trabalho e preferências de vida, entre outros.

Tendo em vista as pesquisas, essa autora cunhou o conceito do capital erótico que complementa as categorias e habilidades pessoais descritas por Pierre Bourdieu (1979), para se destacar na profissão e na sociedade, que seriam o capital econômico (o que temos), o capital social (quem conhecemos) e o capital cultural (o que conhecemos).

Esse conceito do capital erótico não havia sido identificado até recentemente, expressado que, de certa forma, as Ciências Sociais mantêm-se sexistas e patriarcais, principalmente porque tendo ciência dos benefícios proporcionados pelo capital erótico é possível explorar suas vantagens nas interações pessoais, independentemente da área ou vínculo organizacional.

O capital erótico refere-se a um conceito multifacetado que compreende pessoas que possuem atratividade estética, social e sexual maior do que o dos demais membros de uma sociedade, especialmente relacionado ao sexo oposto. Esse atributo requer traços natos, assim como habilidades que possivelmente são aprendidas e desenvolvidas ao longo da vida pessoal e profissional, (desta forma, todos possuem pelo menos algumas características do capital erótico, as demais são aprendidas ao longo da trajetória social). E o poder erótico, tanto em homens quanto em mulheres, nos variados ambientes, principalmente no trabalho, tem causado polêmica.

Entretanto, não há como desvincular estética, charme e carisma de comportamentos do cotidiano de muitas organizações. Esses atributos eróticos se destacam na Modernidade, de modo crescente no mercado de trabalho, na vida profissional, acadêmica e qualquer área de atuação.

Nesse ínterim, os efeitos vantajosos do capital erótico, no viés pessoal e profissional nos ambientes organizacionais, não podem ser vistos como causa de desencadear discriminação nos variados setores sociais. Justamente, porque os indivíduos têm o direito garantido constitucionalmente na Carta Magna de 1998, por meio especificamente, do art. 5º, inciso IX, trazendo o livre exercício da liberdade de expressão, comunicação; e o inciso X, discorrendo sobre a inviolabilidade da vida particular, intimidade e imagem, de praticarem o seu lado sedutor, charmoso, e persuasivo.

Poderá assim, o indivíduo não se sentir coibido de praticá-los, já que alguns dos atributos são inatos e outros apreendidos no curso da vida social, sendo que todos os atributos podem ser aprimorados, como forma de compensação com a ausência dos demais capitais (econômico, social e cultural, definidos por Pierre Bourdieu), tudo isto no âmbito dos ambientes de trabalho (com o fim de ultrapassar a concorrência) ou pessoal.

Entretanto, nos setores privados organizacionais, especificamente no processo de contratação, observamos a presença de dois fortes e conflitantes direitos, o da autonomia privada (contratante) e os direitos fundamentais ("contratado"). Mediante esse cenário, constatou-se abuso do poder da autonomia privada, pelo contratante, se tratando da não contratação, não promoção e demissão. Sendo assim, quando não houver a devida fundamentação, ou seja, alicerçando-se por questões não técnicas, e sim subjetivas, atreladas a características corporais e de expressões que são fatores constitutivos do indivíduo, ou seja, o seu capital erótico – inato ou apreendido na trajetória humana- ocorrerá violação aos direitos fundamentais da outra parte.

O capital erótico é um mecanismo para maximizar o exercício dos direitos fundamentais, sendo assim, se torna algo internalizado ao 'ser', ou seja, constitui a personalidade do indivíduo, tornando-o capaz de exercer suas características, como possuir atratividade física, sexual, habilidade de interação social, entre outros, sem ser taxado ou discriminado nos ambientes organizacionais privados.

Logo, o exercício da autonomia privada que fundamente a não contratação, não promoção ou demissão, sem racionalidade, sem lógica e por motivo que deflagre a dignidade humana e a própria liberdade do indivíduo, torna-se passível de arcar com o ônus de indenizar por danos morais.

1. CORPO E SEXUALIDADE NA SOCIEDADE MODERNA

O culto ao corpo é bastante atual, sendo assim, a beleza e o gênero têm se tornado objeto de estudo no meio acadêmico, estimulando os estudos e pesquisas de sociólogos, juristas, psicólogos, entre outros profissionais, que almejam compreender esta temática e sua influência nas relações organizacionais e profissionais.

A apresentação pessoal são atributos valorizados socialmente em diferentes culturas e épocas, e ainda que não seja uma preocupação recente, as sociedades modernas tendem a superestimá-las.

Atualmente, as pesquisas sociais vêm demonstrando aumento da consciência corporal e do uso da sensualidade como instrumento de sedução e obtenção de proveitos nas relações interpessoais (KNOPP, 2008). Os atributos pessoais tornaram-se valores individuais valorados em nossa cultura sexualizada e contemporânea, sendo o desejo da maioria das pessoas terem um corpo atraente e dentro da estética vigente: sem marcas indesejáveis, sem excessos (GOLDENBERG e RAMOS, 2002 apud GOLDENBER, 2006).

De acordo com Hakim (2012), o Brasil é um dos países mais reconhecidos por conta da valorização e recompensa do capital erótico, pois é relativamente permissivo na

liberdade de expressão da sexualidade. Para a autora, pode-se pensar em capital erótico como uma propriedade relativamente acessível. Sendo multifacetado, é possível destacar-se em uma ou outra dimensão, de acordo com as subjetividades. Logo, "capital erótico é um atributo importante para todos os grupos sociais que têm menos acesso aos capitais econômicos, social e humano [...]" (HAKIM, 2012, p. 24).

O sociólogo Pierre Bourdieu (1979) percebia os indivíduos por meio de uma concepção social sistêmica. Nos anos 80, ele descreveu a estrutura social como um sistema de hierarquia de poder e privilégio, introduzindo assim o conceito de "capital" na análise social para se referir à forma econômica, cultural e social. Por recursos ou poderes, a teoria de Bourdieu entende que capital econômico (renda, salários, recursos financeiros, imóveis); capital cultural (saberes, conhecimento comprovado por meio da experiência e educação, comprovado em diplomas); capital social (relações sociais que podem ser capitalizadas, contatos e nossa rede de influencia social), em que grupos ou indivíduos ocupam posições privilegiadas ou não, mediante o volume ou a composição desses capitais obtidos ao longo de uma trajetória social (SETTON, 2010).

A posição de Catherine (2012) é a existência do quarto capital – erótico - que é um atributo pessoal, combinando atratividade física, visual, estética, sexual e social, envolvendo caracteres pessoais, isto é, beleza, sex appeal, dinamismo, talento para se vestir bem, charme, habilidades sociais e competência sexual. Toda essa sistemática inclui elementos natos, assim como outros que podem ser apreendidos e desenvolvidos.

Os seis componentes do capital erótico, segundo a autora, são a *Beleza,* que é um conceito que varia no tempo e entre culturas, mas é essencialmente valorizado por todos, que seria olhos grandes, lábios carnudos e pele bronzeada – rosto atraente -, tanto em homens quanto em mulheres; *Atratividade sexual/ Sex appeal,* aqui o foco não é a beleza clássica, mas, sim, com um corpo sexy; tem muito mais a ver com estilo e personalidade, no jeito como o indivíduo profere palavras, move-se e como interage com outras pessoas. *Atratividade social/Charme,* é uma mistura de graça, charme, persuasão, como a habilidade para deixar o outro à vontade, com vontade de conhecer o interlocutor, e possivelmente, (quando apropriado) desejando-o também.

Somando-se àqueles temos a *Vivacidade/Dinamismo* trata-se de condicionamento físico, boa forma física, energia social e bom humor, práticas de esporte e dança; *Apresentação social* está atrelada ao modo da vestimenta, maquiagem, perfume, o estilo do seu cabelo e o uso de acessórios, concedendo à pessoa boa apresentação social e pessoal; na *sexualidade* está incluso a competência sexual, energia, imaginação erótica e outras características de um(a) bom (boa) parceiro(a) sexual. Não tem a ver com libido e, por motivos óbvios, só pode ser definida em particular, e não no convívio social.

Evidências expõem que tanto na literatura voltada à área da Psicologia, como também de experimento em jogos, os economistas descobriram que a beleza física provoca altruísmo, confiança e comportamento cooperativo em jogos econômicos, ou seja: indivíduos atraentes ganham em jogos que envolvam confiança e reciprocidade (WILSON; ECKEL, 22006; SOLNICK; SCWEITZER, 1999).

Em uma pesquisa feita com pessoas de classe média carioca, sobre gêneros e percepção do corpo, homens e mulheres deram respostas bem diferentes sobre o que mais era atraente no sexo oposto. As respostas femininas foram que a inteligência, o corpo e o olhar, entretanto, nas masculinas, foram a beleza, a inteligência, e o corpo (GOLDENBERG, 2006). Nesta linha, o poder erótico é valorizado por homens e mulheres de forma bastante independente da sexualidade. Contudo, há uma correlação entre atratividade e sexualidade que influenciam os relacionamentos, pois os componentes pessoais, com exceção da sexualidade, definem quem e como somos percebidos pelos outros desde o nascimento.

A Housman[3], em 1990, já concluía em seus estudos que a beleza é valorizada desde a infância, acrescentando que pessoas mais bonitas (com capital erótico) recebem mais ofertas de emprego, avaliações mais positivas e maior crédito por suas atividades bem realizadas, pois são vistas como mais gentis, extrovertidas, sociáveis, modestas e com habilidades de interação social.

2. CAPITAL ERÓTICO NO AMBIENTE ORGANIZACIONAL

As pessoas com maior Capital Erótico são percebidas como persuasivas, competentes, e honestas no âmbito do trabalho. Além de contar com maior compreensão dos colegas de trabalho e tolerância destes aos seus erros, por exemplo; conseguir pequenos favores pessoais como uma troca de horários com os colegas, atendimento rápido de certo conserto de uma ferramenta; são circunstâncias comuns àqueles que gozam do poder de sedução.

A partir da análise de um estudo na América do Norte, Hakim (2012), concluiu que homens atraentes são remunerados de 14% a 27% a mais, em média, dos que os que não são atraentes, e as mulheres bonitas ganham entre 12% a 20% a mais do que as mulheres que não são consideradas bonitas. Somando-se, a pesquisa sugere que o poder erótico é mais valioso para o grupo mais jovem, com menos experiência e qualificações profissionais, isto é, menos capital cultural, trazendo um equilíbrio para o atributo subjetivo do indivíduo.

Nesse sentido compreende-se o processo de atratividade, que por meio de uma combinação de charme e habilidades de interação social, passa a compor a personalidade do individuo, refletindo-se nas relações interpessoais. Essas pessoas ganham mais por conta da produtividade, ou seja: alcançam melhores resultados porque conquistam mais clientes, vendem mais produtos e serviços e podem cobrar taxas mais altas.

Tratar desse assunto no ambiente organizacional é polêmico, já que inúmeras atuações são elencadas na tentativa de desvincular estética e persuasão do profissionalismo que exige qualificação educacional e/ou experiência. Todavia, os atributos constitutivos do capital erótico estão em todos os ambientes, sendo estimado

[3] DORNELLES, A. C. A. Beleza no Mercado de Trabalho. Universidade Católica de Brasília, mai, 2004. Disponível: < http://www.bdtd.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=289 > Acesso: <10 jan 2012>. Acesso em: 02 janeiro de 2013.

na maioria das culturas ocidentais, o que determina a impossibilidade de desvinculá-los das organizações e relações de trabalho.

> Consultores que auxiliam na busca de empregos nos lembram de que nunca temos uma segunda oportunidade para causar uma boa impressão. As pessoas selecionadas para entrevistas são todas adequadamente qualificadas e têm a experiência de trabalho requerida. As entrevistas podem revelar talentos extras – como o capital erótico – que ajudem a definir quem será contratado. (HAKIM, 2012, P.8).

Em um estudo realizado em 1967 por Albert Mehrabian (in BOOTHMAN, 2004), analisou-se a questão do impacto da aparência na seleção. Notou-se que em uma mensagem transmitida por diferentes canais de comunicação, evidencia-se que 55% das mensagens recebidas são de origem visual; 38% são de origem sonora e 7% envolvem a linguagem falada. Logo, a linguagem corporal (postura, expressão, gesto comunicação não-verbal) tem poderosa influência nas primárias impressões.

Segundo López Bóo, Rossi e Urzua (2012), foram feitos estudos com rigor metodológico que colaboraram com evidências sobre a relação entre beleza e práticas de contratação no mercado de trabalho. Na pesquisa, foram criados currículos fictícios e fotos com imagens de rostos atraentes e pouco atraentes para o setor de vagas de emprego em Buenos Aires, Argentina. E nesta pesquisa, averiguou-se que pessoas atraentes recebiam em média 36% a mais de retornos de chamadas para entrevistas de emprego comparado aos não atraentes; e, tratando-se do contato inicial com as futuras empresas, ocorria mais cedo do que os requerentes menos atraentes.

As economias modernas se valem muito das novas tecnologias, principalmente a mídia e a Internet, que se utilizam da imagem como instrumento comercial de produtos e serviços. Uma aparência atraente, cuidados pessoais e habilidades sociais são atributos humanos requisitados por organizações que visam essa forma de comércio, como no setor privado, comparado ao público, pois se compreende que pessoas com alto capital erótico se direcionam ao setor privado, justamente pela valorização, inclusive a financeira.

Ressalte-se que a atratividade estética e desenvoltura social são predicados cada vez mais estimados na Contemporaneidade e influenciam o modo como as pessoas são percebidas, julgadas e tratadas. Esse fenômeno se explica pelo fato de que possuir poder erótico se reflete nas relações de trabalho, nos desempenhos melhores e resultados na prática profissional, contribuindo na melhora do capital social.

> Mesmo depois de levar em consideração a inteligência, a boa aparência aumenta o salário, em parte por aprimorar as realizações educacionais, a personalidade e a confiança. O efeito total da atratividade no salário é aproximadamente igual ao das qualificações educacionais e da autoconfiança, mas é muito menor do que o impacto da inteligência. (HAKIM, 2012, P.200)

O foco não se centra em desmerecer a importância da capacidade intelectiva e os conhecimentos na prática profissional, o que Catherine (2012) sugere é que pessoas atraentes possivelmente se destacarão mais e serão recompensadas por isso. Sendo assim, torna-se mais fácil interagir socialmente, talvez pela melhor autoestima que apresentam, tornando-se mais persuasivos (a) e por consequência, mais bem-sucedidos (a) na vida pessoal e pública.

Hamermesh e Biddle (1994)[4], professores titulares da London Guildhall University, estudaram a aparência física no mercado de trabalho, por meio dos profissionais da Advocacia, e encontraram uma correlação entre atração e carreira de sucesso. Para esses pesquisadores, há três hipóteses para advogados considerados bonitos terem melhores salários segundo o estudo: a) seria a discriminação dos empregadores que preferem conviver com pessoas mais bonitas no ambiente de trabalho; b) discriminação dos clientes que selecionam profissionais mais bonitos, mesmo sabendo que isso não é garantia de êxito nas questões judiciais, pelo prazer de estar na presença de pessoas belas; c) crença de que a beleza relaciona-se à produtividade, possivelmente porque os clientes acreditam que advogados bonitos são mais persuasivos.

A partir de entrevistas com 11 mil pessoas de 33 anos de idade, descobriu-se que os homens pouco atraentes ganhavam 15% menos do que aqueles tidos como atraentes e há ainda correlação entre boa aparência com a maior probabilidade de advogados conseguirem parcerias mais cedo (DORNELLES, 2004 e GALLO, 2007).

3. DADOS E ESTATÍSTICAS

Mediante a circunstância de analisar o capital erótico em nível prático, foi realizado um estudo com quarenta e cinco alunos, do curso de Direito da Universidade Ceuma, Campus Renascença, no mês de maio e junho de 2018, na cidade de São Luís – MA, obtendo-se entendimentos que corroboram para clarear a prática de como seria o capital erótico.

A seguir as quatro perguntas propostas:

1) Se você fosse dono(a) de um escritório, qual seria o diferencial do advogado(a) quando houvesse empate de currículos, assinale: a) Charme; b) Empatia; c) Confiança.

2) Você, como chefe(a), contrataria um advogado somente pelo fato de ter um currículo excelente e ser inteligente? a) SIM; b) NÃO; c) TALVEZ.

[4] HAMMERMESH, D.S.; BIDDLE, J.E. "Beauty Pays. Why Attractive People are More Sucessful". Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011

3) Você, sendo dono do escritório, contrataria um 1) Advogado Bom com empatia ou 2) Advogado Bom sem empatia?

4) Se fosse para escolher entre um 1) advogado(a) que tem empatia e dinamismo e um 2) advogado(a) inteligente e sem empatia, qual seria?

Pergunta 1

Charme	4,4%
Empatia	31,1%
Confiança	64,4%

Pergunta 2

Sim	51,1%
Não	8,9%
Talvez	40%

Pergunta 3

Opção 1	100%
Opção 2	0%

Pergunta 4

Opção 1	73.3%
Opção 2	26,7%

A partir desse formulário e utilizando-se uma análise dedutiva, obtivemos que um dos atributos do capital erótico que se destaca é a confiança, em contraponto ao charme e a empatia. Já que a confiança é uma característica ampliativa em sua formação. Mostrou-se assim que a efetivação da confiança nos comportamentos individuais gera impactos positivos e de aceitação em um contexto social e profissional.

Entretanto, algo interessante foi demonstrado nas ultimas três perguntas. A maioria dos entrevistados, na segunda pergunta, respondeu positivamente em aceitar a contratação de advogado (a) que somente tivesse currículo excelente e fosse inteligente, desta forma, não levando em consideração a empatia, confiança ou outro atributo do capital erótico.

Logo em seguida, na terceira pergunta, as mesmas pessoas que votaram em contratar advogado (a) somente pelo excelente currículo e por ser inteligente, decidiram optar em ter no seu escritório um advogado bom com empatia do que um advogado bom sem empatia, tendo-se como deduzir que a inteligência por si só não é garantia de

contratação. Para somar, de forma ainda mais incisiva, na quarta pergunta, percebe-se que mais de cinquenta por cento dos entrevistados optariam em agregar como empregado, advogado (a) empático e dinâmico em vez de advogado (a) inteligente e sem empatia.

Resta-nos deduzir e entender que os atributos constitutivos do capital erótico somam na carreira pessoal e profissional nos ambientes organizacionais. O fato de serem utilizados para obtenção de preferências ou vantagens lícitas, não devem ser visto como algo imoral, nem desrespeitoso aos princípios éticos, de dignidade e moralidade, mas, sim, como um exercício dignamente pleno de direitos fundamentais.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFLITANDO COM O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A LEGITIMIDADE DO CAPITAL ERÓTICO

Os direitos fundamentais, bem como o fenômeno da constitucionalização de direitos, são oriundos de variações e anseios de uma sociedade em cada momento histórico, excedendo a noção de individualismo, inerente ao pensamento liberal e na ideia de direitos não somente em desfavor do Estado, mas através dele (MATEUS, 2008, P.153)[5].

Os direitos e garantias fundamentais, em princípio, são relativos, e não absolutos. O Supremo Tribunal Federal tem este posicionamento, embasado no princípio da conveniência entre liberdades, concluindo-se que nenhuma prerrogativa poderá ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, pois sofrerão limitações de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam tutelar a integridade do interesse social, somando-se a assegurar convivência harmônica das liberdades, evitando colisões entre elas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirmou que, no exercício de seus direitos e nos desfrutes de suas liberdades, todas as pessoas estão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar-se o respeito dos direitos e liberdades dos demais (BULLOS, 2014)[6].

Em relação à autonomia privada, segundo a lição do professor Paulo Mota Pinto[7], dispomos que a essa autonomia se aperfeiçoaria na possibilidade de os sujeitos jurídicos privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições ativas reconhecidas pela ordem jurídica.

Sendo assim, por esta concepção, a autonomia privada pode ser compreendida como um poder atribuído aos particulares de autodeterminação e coordenação de suas relações jurídicas. Neste mesmo sentido, aduz Wilson Steinmetz[8] que a autonomia

[5] MATEUS, Cibele Gralha. Direito Fundamentais Sociais e Relações Privadas. O caso do direito a saúde no caso do direito a saúde na constituição brasileira de 1998. Porto alegre: livraria do advogado 2008.
[6] BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 10º ed. Saraiva 2017.
[7] PINTO, Paulo Mota. Autonomia Privada e Discriminação: Algumas Notas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
[8] STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

privada pode ser definida como o poder conferido pela lei aos particulares para que, livres e soberanamente, autorregulem-se seus próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões). A autonomia privada, deste modo, manifesta-se como um poder de autodeterminação e de vinculação dos particulares e que, no seu exercício, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos ou deveres.

A atual Constituição Federal Brasileira[9], embora não preveja expressamente a autonomia privada em seu texto, a protege. Tal compreensão resulta do argumento cujas premissas são o direito geral de liberdade (CF, art. 5º, caput), o princípio da livre iniciativa (CF, art.1º, IV e art. 170, caput), o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), o direito de propriedade (CF, art. 5º caput e XXII), o direito de herança (CF, art. 5º, XXX), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (CF, art.226, caput, § de 1º a 4º) e cuja conclusão é o poder geral de autodeterminação e vinculação das pessoas tutelado pela Constituição.

Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e vinculação da pessoa, então a autonomia privada também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, que a tutela constitucional da autonomia privada emana desses princípios e direitos expressos no texto constitucional.

Ou seja, se os direitos elencados acima se constituem em partes por um poder de autodeterminação e vinculação, então estes direitos se constituem em partes pela autonomia privada, uma vez que esta, como mencionado, constitui um exercício de direito. Assim, se a Carta Magna protege tais direitos, protege também a autonomia privada, pois esta corresponde a um dos conteúdos presentes neles.

Todavia, na medida em que ocorreu o desenvolvimento da sociedade, passaram a existir novos atores com força social, jurídica, econômica e política, capazes de representar grandes ameaças aos direitos primários dos indivíduos. Ou seja, as drásticas mudanças sociais operadas no mundo globalizado e pós-moderno permitiram aos poderes privados usurpar do Estado à condição de maior fonte potencial de ameaças à concretização dos direitos fundamentais.

Portanto, a maior questão que se apresenta não é se os direitos fundamentais incidem nas relações intersubjetivas, mas sim de que forma esta incidência ocorre. Desse modo, nota-se que esse ponto mais alto da hierarquia jurídica, pode e, muitas vezes, deve ser limitados. Isso não significa, entretanto, permitir que os direitos fundamentais sejam suprimidos abusivamente, pois são normas jurídicas e, portanto, de observância obrigatória.

Entre os contrapontos dos fundamentais direitos e o direito a autonomia privada, salientamos dizer que o exercício dos atributos do Capital Erótico no âmbito organizacional privado é instrumento que maximiza o exercício pleno dos direitos fundamentais. Partindo dessa premissa, um conflito de direitos se instalará, no momento

[9] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

em que a parte contratante tem o poder de escolher se ocorrerá admissão, demissão, promoção ou não da outra parte, por questões técnicas ou não; nesse caso, especificamente, trataremos de questões não técnicas (ou seja, subjetivas) do indivíduo.

No outro polo, o indivíduo que possui um Capital Erótico mais aguçado, preeminente, e facilmente perceptível dentro e fora da organização privada, se configura como sujeito de direito, com legitimidade para aprimorar a personificação dos seus direitos fundamentais em sociedade.

Para tal situação, entendemos que ao ocorrer uma não contratação, não promoção ou ocorrer demissão por fatores não técnicos, e sim por fatores de gênero, comportamento, expressões e demais atributos do Capital Erótico, torna-se primícias de um mecanismo de discriminação e até mesmo um abuso do direito da autonomia privada. Como elencado anteriormente, os atributos são inatos e desenvolvidos ao longo da vida do cidadão, logo se personificam na personalidade do 'ser', passando a integrar o aprimoramento dos seus direitos basilares em sociedade.

Importa-se ressaltar que o foco não está em restringir ou impedir a independência privada em contratar, mas sim, em garantir que esta autonomia não ultrapasse a proporcionalidade dos direitos em trâmite. Nesse ínterim, o contratante ao optar pela não contratação, não promoção ou demissão por fatores subjetivos, constitutivos do Capital Erótico - em que esses influenciam diretamente no exercício aprimorado dos direitos fundamentais – surge violação ao direito da parte "contratada", tornando-se passível de indenização por danos morais.

Observa-se nessas circunstâncias, que possuem direitos que entram em conflito: o contratante exerce sua autonomia privada ao optar em não contratar por fatores como sex appeal aguçado, atratividade física, beleza, com uma justificativa ínfima e sem fundamentação devida, mas continua a exercer seu "poder" privado.

E a outra parte exerce seus direitos fundamentais aprimorados por mecanismos lícitos (Capital Erótico), podendo no mínimo exigir uma devida fundamentação racional, lógica, já que suas expressões e linguagem não verbal constituem o seu 'ser', a sua personalidade e dignidade humana, não podendo ser simplesmente excluída ou retirada em uma entrevista ou durante o exercício do serviço; e do meio para o máximo, a ser exigido pela parte, seria a devida indenização por danos morais.

Por sua vez, destaca-se que o fato de grande parte dos indivíduos se utilizarem, de forma inconsciente, do exercício do Capital Erótico, acaba-se por não reconhecer que o seu direito a vida, intimidade e liberdade de expressão, sejam passíveis de sofrer violações, em situações de ausência de contratação, de demissão ou a não promoção, por fatores não técnicos (subjetivos), pertinentes ao cargo em âmbito privado.

O importante é perceber que os direitos fundamentais serão sempre direitos positivos, pois os direitos de liberdade e defesa, em regra, também necessitarão de condutas positivas para sua realização no tocante a alocação de recursos materiais e

humanos para serem efetivados e protegidos (SARLET). Hakim[10], por meio do seu trabalho científico, pôde comprovar, de forma indireta, que o capital erótico é um pleno exercício de liberdade de expressão.

Através, de pesquisa científica, dados e entrevistas, averiguou que os benefícios vitalícios do capital erótico, em regra, são rotulados como "discriminação" sendo, para ela, um conceito inapropriado, pelo fato de todas as características, deste poder erótico, ser inata, apreendida e desenvolvida.

Paralelamente, veiculou informações científicas de que a escassez confere valor a qualquer produto, talento e aptidão, isto é a habilidade de ser persuasivo e encantador, ter o conhecimento de tecnologia da informação, entre outros. Tendo em vista a possibilidade fática de haver certo critério, por parte das pessoas, das empresas e dos ambientes organizacionais em selecionar pessoas mais dinâmicas, empáticas, belas, ativas, atraentes e charmosas, não se revela como atitude discriminatória, mas, sim, um exercício de um direito fundamental, tanto por parte de quem "seleciona", quanto por parte de quem possui naturalmente esses atributos eróticos, pois apreendem ou desenvolvem, tendo o direito de exercê-los sem serem taxados como motivo da causa de discriminação.

O fato das pessoas exercerem em seu favor o poder erótico para obter destaque nos vastos setores organizacionais apenas se configura como exercício pleno, dos direitos fundamentais previstos na C.F/88. Tanto é assim que o artigo 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagens das pessoas e que o desrespeitado acarreta indenização por danos morais e materiais. A discriminação não deve ser banalizada a ponto de abafar ou coibir a prática dos direitos fundamentais, neste caso em análise, o exercício pleno do Poder Erótico.

Entretanto, o Capital Erótico também pode ser uma desvantagem para algumas seleções de pessoas, já que algumas organizações tendem a achar que pessoas muito bonitas e com forte apelo sexual causem malefícios no ambiente de trabalho, principalmente por desviarem a atenção de outros colaboradores ou ser fonte de instabilidade nas relações de trabalho, a exemplo da inveja, do assédio sexual.

Portanto, é preciso utilizar-se de forma equilibrada as competências desse capital, a fim de que seja um aliado e não um empecilho na vida pessoal e profissional.

5. IDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS REFERENTE A DISCRIMINAÇÃO DO USO DO CAPITAL ERÓTICO.

A doutrina majoritária é unânime em reconhecer que o dano moral se configura pelas ações, omissões, lícitas ou ilícitas, ocasionando danos e lesões a um ou mais bens jurídicos que esteja na esfera extrapatrimonial da vítima. Esta reparação tem

[10] HAKIM, C. Capital Erótico, Trad. Joana Faro. Rio de Janeiro: Best Business, 2012.

o objetivo de possibilitar uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, servindo, assim, para atenuar, em parte, as consequências da lesão.

Os prejuízos de segunda ordem ou de ordem moral encontram-se configurados na imagem que o autor reflete na sociedade. O Código Civil[11] também conclama a reparação de danos de ordem moral no já mencionado artigo 186, assim como pelo artigo 927, *in verbis*:

> ART. 186, CC. 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, CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como se denota da simples transcrição literal do artigo supracitado, o dever de indenizar se origina contra aquele que, através de uma ação ou omissão, der causa a dano a outra pessoa. Faz-se necessário observar que própria jurisprudência tem se encarregado de dar interpretação à natureza da indenização dos danos morais no sentido de ser ela compensatória e não de ressarcimento, como no caso dos danos materiais. Assim, é absolutamente devida uma compensação financeira às vítimas quando a sua imagem é maculada ou passaram por constrangimentos causados por terceiros.

O moderno autor Zenun[12], em sua obra, 'Dano Moral e sua Reparação' esclarece-nos que:

> Em real verdade, a injustiça de não se reparar o dano moral a que fora submetido o lesado se sobrepõe a tudo, porque não se concebe tal injustiça, que agrava ainda mais a dor, o sentimento, o sofrimento de já tão depauperado, organicamente. E a seguridade só se dá e se efetiva na medida em que a injustiça é reparada, no sentido de proporcionar ao lesado os instrumentos eficazes para uma recuperação, ainda que lenta, dos maléficos efeitos da lesão moral, invadindo a alma, dominando o enfraquecendo todo o organismo.

Ao se perquirir acerca do valor a ser indenizado ao autor, deve-se considerar: a lesão causada, a extensão da lesão, o abalo à imagem social, a capacidade e o tempo de recuperação da boa imagem perdida. Nesse diapasão, vale ressaltar a função, não só na busca da reparação, quanto à função de pena, para minorar prejuízos sofridos e, principalmente, para servir de exemplo, pedagogicamente, a que outros não ajam de igual forma.

> DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – CABIMENTO. Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, não é isso razão para que se

[11] BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
[12] ZENUN, Augusto. Dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 59.

> lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites das forças humanas. (RE 69.754-SP. STF. Rel.: Min. Thompson Flores – RT 485/230).

Segundo a doutrina pátria o dano moral está ligado ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Identificando-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo que caracterizam o dano moral, significa, por assim dizer, a dor gerada no íntimo do indivíduo.

Ao analisar um caso em de um tribunal superior em Manhattan, Nova York, o juiz Shlomo Hagler, decidiu que demitir uma mulher por ser bonita demais é abominável, mas não constitui discriminação por sexo (ou por gênero). Mulheres atraentes não são protegidas pelas poucas leis relacionadas ao trabalho — nem ciúmes do cônjuge, diz a decisão. O caso envolve a instrutora de ioga e terapeuta-massagista, contratada em 2012 para trabalhar na clínica Wall Street Chiropractic and Wellness, de propriedade de quiroprático Charles Nicolai e sua esposa Stephanie Adams.

Um ano mais tarde, o proprietário advertiu a massagista que ela poderia ter problemas no emprego, por ser bonita demais, além de que sua esposa poderia ficar enciumada. Alguns meses após a informação a massagista foi despedida da clínica. A ex-funcionária moveu uma ação no tribunal de Manhattan alegando que sua demissão caracteriza um caso de discriminação por gênero, na petição, seu advogado escreveu que gênero inclui “a identidade de gênero, a autoimagem, a aparência, o comportamento ou expressão de uma pessoa”.

Entretanto, o juiz concluiu que esse texto da lei só se aplica a matérias que envolvem identidade de gênero ou questões relacionadas a transgêneros. Não se aplica a pessoas bonitas demais, nem ao ciúme de cônjuges. O juiz escreveu, na decisão, que não encontrou precedentes nas decisões judiciais na cidade de Nova York e no Estado de Nova York, mas, em outras jurisdições, encontrou decisões segundo as quais mulheres atraentes não constituem uma classe protegida por leis antidiscriminatórias.

Outro caso semelhante, ocorreu no Tribunal Superior de Iowa, sendo decidido que um dentista não violou a lei quando demitiu sua assistente, com 10 anos de trabalho, “porque sentiu que, se ela continuasse por ali, os dois iriam terminar tendo um caso”. A assistente havia alegado que não fez nada que justificasse a demissão, a não ser pelo fato de ser mulher.

Os casos que tramitam na Justiça dos EUA, embora relacionados a emprego, giram, principalmente, em torno de assédio sexual ou discriminação. A lei diz que é proibida a demissão, a não contratação ou a não promoção de alguém com base em raça, cor, religião, sexo (incluindo gravidez), nacionalidade de origem, idade, deficiência física ou informação genética (história médica pessoal ou familiar). Ser bonita demais ou ciúme do cônjuge não estão na lista.

Em tese, nota-se que é preciso que seja feita uma análise jurídica e técnica da motivação de um exercício da autonomia privada, referente às demissões, não contratações ou não promoções de indivíduos que se utilizam dos atributos do Capital Erótico (características natas ou apreendidas) no seu desempenho social e profissional.

Pois, o fato de o contratante, simplesmente abusar do seu poder privado e vetar subjetivamente alguém por questões de características físicas e constitutivas da personalidade, extrapolam a proporcionalidade e causam violação aos direitos. Sendo assim, o mecanismo de tutela estatal plausível e digno para proteger o indivíduo nessa situação é a indenização por danos morais, garantindo o exercício basilar e fundamental de todos os cidadãos.

6. CONCLUSÃO

Pesquisas sobre atratividade física e sexualidade têm revelado que o Brasil é um dos países em que tais atributos são bastante valorizados e os aspectos socioculturais contribuem para que a erotização das relações integre o imaginário e as vivências organizacionais das pessoas. O capital erótico é a conceituação de um conjunto de atributos pessoais interligados que promovem atratividade física, estética, sexual e social. Inclui, portanto elementos natos e outros aprendidos e desenvolvidos.

Com base nesta pesquisa bibliográfica, colheu-se que pessoas com alto nível de poder erótico, em geral, tendem a ser mais persuasivas, percebidas como mais honestas, sociáveis, gentis e competentes, tendo facilidade em fazer amizades e possuindo melhores oportunidades pessoais e profissionais. Com isto, recebem mais ofertas de empregos, promoções durante carreiras e melhores remunerações, ou seja, no ambiente organizacional o capital erótico pode gerar vantagens referentes à liderança de equipes, divulgações de produtos e serviços, negociações e contato com os clientes.

O exercício pleno do direito de exercer os atributos para obtenções de vantagens e garantias pessoais ou profissionais está previsto na Carta Magna de 1998, por meio do art. 5º, inciso IX atrelado ao inciso X, e que, por este amparo constitucional, tornou-se possível a garantia de efetivar de forma, natural ou por desenvolvimento, o atributos constitutivos do capital erótico, alocados pela autora Hakim (2012). A garantia da liberdade de expressão e comunicação (artigo 5º, IX, CF/88), possibilita às pessoas investirem no seu viés mais sedutor, charmoso e persuasivo, e estas características são escassas em uma sociedade desatenta em relação à empatia; logo, acaba por ser valorizada social, profissional e economicamente.

Nesse ínterim, o artigo 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, honra e imagem das pessoas e que o desrespeito acarretará indenização por danos morais e materiais, por meio disto, há a tutela estatal e o direito fundamental para pessoas poderem exercer e investir em seu capital erótico, sem serem taxadas como causa ou motivo de haver descriminação nos setores organizacionais e de trabalho. Esta escolha de vida (em exercer o capital erótico) não deve ser visto como negativo, a ponto de se abafar ou coibir a prática dos direitos fundamentais.

Contudo, a apresentação de capital erótico nos ambientes organizacionais e de trabalho, mesmo sendo necessários ao mercado moderno e nas organizações contemporâneas, requer certa discrição, a fim de não gerar mal entendidos e não culminar em penalidades. Todavia, o fato de o contratante, simplesmente abusar do seu poder privado e vetar subjetivamente alguém por questões de características físicas e constitutivas da personalidade, extrapolam a proporcionalidade e causam violação aos direitos. Sendo assim, o mecanismo de tutela estatal plausível e digno para proteger o indivíduo nessa situação é a indenização por danos morais, garantindo o exercício basilar e fundamental de todos os cidadãos.

Trata-se de temática já conhecida popularmente, todavia com escassa divulgação científica, sendo necessárias mais pesquisas nesse campo de conhecimento. A análise da influência do capital erótico na seleção de pessoas e empregabilidade perpassa todas as relações de trabalho e abrange todo o ambiente organizacional. É necessário o desenvolvimento de estudos nessa área com maior análise científica, para que desta forma, se conheçam as relações estabelecidas no ambiente organizacional e do mercado de trabalho, mediante a utilização do Capital Erótico.

REFERÊNCIAS

AMARAL, GUSTAVO. Direito, escassez e escolha. 1. Ed. Rio de janeiro: renovar, 2001.

BOURDIEU, P. O desencantamento do mundo: estruturas econômicas e estruturas temporais. São Paulo: Perspectiva, 1979.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>

BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 10º ed. Saraiva 2017.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental a saúde. Porto alegre: livraria do advogado, 2017

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHIAVENATO, I. Recursos humanos. Edição compacta. 4 ED. São Paulo: Atlas 1997.

DORNELLES, A. C. A. Beleza no Mercado de Trabalho. Universidade Católica de Brasília, mai, 2004. Disponível: < http://www.bdtd.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=289 > Acesso: <10 jan 2012>. Acesso em: 02 janeiro de 2013.

GOLDENBERG, M, Gênero e corpo na cultura brasileira. Psicologia Clínica (online. Volume 17, nº2, pg. 65 – 84, 2005. ISSN 0103-5665. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652005000200006&lng=pt&tlng=pt . acesso em 28 mar 2018.

HAMMERMESH, D.S.; BIDDLE, J.E. "Beauty Pays. Why Attractive People are More Sucessful". Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011

HAKIM, C. Capital Erótico, Trad. Joana Faro. Rio de Janeiro: Best Business, 2012.

LÓPEZ BÓO, F.; ROSSI, M.A., URZUA, S "The labor Market Return to an Attractive face. Evidence From Afield Experiment".

MATEUS, Cibele Gralha. Direito Fundamentais Sociais e Relações Privadas. O caso do direito a saúde no caso do direito a saúde na constituição brasileira de 1998. Porto alegre: livraria do advogado 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.