Anais | ISSNe 2595-1602

VII CONGRESSO INTERCONTINENTAL DE DIREITO CIVIL

EDITORIAL

Coordenação Acadêmica:

Rosilene Gomes da Silva Giacomin

Roger Silva Aguiar

João Nuno Calvão da Silva

Comissão Técnica Avaliadora:

Rosilene Gomes da Silva Giacomin

Roger Silva Aguiar

Coordenação Executiva:

Allan Christyan Sousa de Almeida

SUMÁRIO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, APLICA O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO MINORITÁRIO FRANCÊS, NOS CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA ..... PÁGINA 7

A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL ..... PÁGINA 12

A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO BRASIL E NA ALEMANHA: O CASO MARIANA – SAMARCO E O CASO DIESELGATE – VOLKSWAGEN ..... PÁGINA 23

ADOÇÃO INTUITO PERSONAE SOB A ÓTICA DA AFETIVIDADE EM DETRIMENTO À ORDEM CADASTRAL ..... PÁGINA 71

A LUTA PELO RECONHECIMENTO DO NOME SOCIAL ..... PÁGINA 87

AS INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA: UMA HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ..... PÁGINA 103

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO ..... PÁGINA 126

FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL ..... PÁGINA 129

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO MORAL À PESSOA PÚBLICA - APLICAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ ..... PÁGINA 138

PROTEÇÃO JURÍDICA: LIMITAÇÕES AO DIREITO DE IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO ..... PÁGINA 152

O DIREITO À HERANÇA DIGITAL EM RELAÇÃO AOS BENS DIGITAIS INCORPÓREOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO ..... PÁGINA 171

PROTEÇÃO DE DADOS E O CONFLITO DE INTERESSES NA COLETA, ARMAZENAMENTO E USO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS – O CASO DOS CADASTROS EM FARMÁCIAS BRASILEIRAS ..... PÁGINA 190

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DOS DESASTRES AMBIENTAIS ..... PÁGINA 206

PUNITIVE DAMAGE E A FIXAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... PÁGINA 220

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ANÁLISE DAS MUDANÇAS ADVINDAS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881/2019 (MP DA LIBERDADE ECONÔMICA) ..... PÁGINA 245

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PRÁTICA DA DISTANÁSIA À LUZ DO CONSENTIMENTO INFORMADO ..... PÁGINA 249

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FERRAMENTA DO CPC PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI ANTICORRUPÇÃO E DO LEGADO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA "OPERAÇÃO LAVA JATO" ..... PÁGINA 264

TRANSFORMAÇÕES DIGITAIS E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: "RISQUIFICAÇÃO" E AS EVIDÊNCIAS REGULATÓRIAS DO DIREITO PORTUGUÊS ..... PÁGINA 290

O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA COMO MEIO DE EVITAR A DEVOLUÇÃO DE ADOTANDOS ..... PÁGINA 316

A BAIXA TAXA DE ADOÇÃO TARDIA E SEU IMPACTO NA VIDA DOS JOVENS ABRIGADOS ..... PÁGINA 339

DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA ..... PÁGINA 352

ATÉ QUE PONTO VAI O DANO MORAL DESENCADEADO PELA OFENSA À HONRA: ANÁLISE DO CASO FÁBIO ASSUNÇÃO ..... PÁGINA 362

MICKEY E O DOMÍNIO PÚBLICO: COMO O RATO MAIS FAMOSO DO MUNDO, MESMO APÓS 90 ANOS DE SUA APARIÇÃO, AINDA TEM SEUS DIREITOS AUTORAIS PROTEGIDOS PELA DISNEY? ..... PÁGINA 373

CURATELA SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ..... PÁGINA 382

O DEVER DE PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA EX-CÔNJUGE ..... PÁGINA 391

UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO E DA RESILIÇÃO UNILATERAL CONTRATUAL NA LEI Nº 13.786/2018. ..... PÁGINA 403

DO PÁTRIO PODER À AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO: UM BREVE OLHAR SOBRE O DIREITO DAS FAMÍLIAS ..... PÁGINA 427

OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS (A LIBERDADE CONTRATUAL DELIMITADA PELA DESIGUALDADE) ..... PÁGINA 412

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA ..... PÁGINA 445

AS TÉCNICAS DA CONSTELAÇÃO COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS ..... PÁGINA 457

DA FRAUDE CONTRA CREDORES E SEU MEIO DE IMPUGNAÇÃO. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO ..... PÁGINA 464

DIREITO CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DA PERSONALIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL ..... PÁGINA 483

O DIREITO DE SABER: A INOPONIBILIDADE DA CLÁUSULA DO ANONIMATO PERANTE O CONCEBIDO POR MEIO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA ..... PÁGINA 496

LEI ROUANET SEM FAKE NEWS ..... PÁGINA 511

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA VISÃO PRÁTICA SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS ..... PÁGINA 524

O MERCADO ELETRÔNICO E A RELATIVIZAÇÃO DE FRONTEIRAS: O DEVER DA ORDEM INTERNACIONAL EM TUTELAR A ECONOMIA SUSTENTÁVEL NOS CONTRATOS DE CONSUMO VIRTUAIS ..... PÁGINA 548

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE ..... PÁGINA 561

A TEORIA DA IMPREVISÃO NO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO: APLICABILIDADE NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL ..... PÁGINA 570

TESTAMENTO VITAL: UMA LACUNA NORMATIVA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO ..... PÁGINA 586

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO FRENTE A MORTE DE DETENTOS EM SUA CUSTÓDIA ..... PÁGINA 612

APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O DIREITO REAL DE LAJE: UM ESTUDO A PARTIR DO DIREITO DE CONSTRUIR SOBRE EDIFÍCIO ALHEIO EXEMPLIFICADO PELO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS ..... PÁGINA 622

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA E DANOS EXISTENCIAIS ..... PÁGINA 633

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE DE UM INSTITUTO PERTENCENTE AO DIREITO DA PERSONALIDADE X DIREITO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ..... PÁGINA 644

INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA POR SUAS MENSAGENS PUBLICITÁRIAS ..... PÁGINA 655

OS LIMITES DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM LICITAÇÕES MANIFESTAMENTE ONEROSAS ..... PÁGINA 669

A FALTA DE EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DE LEIS DESTINADAS AOS SURDOS NO BRASIL À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ..... PÁGINA 682

O DANO MORAL E O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL ..... PÁGINA 695

ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DA TELEMEDICINA: UM PANORAMA LUSO-BRASILEIRO ..... PÁGINA 710

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NA CIRURGIA ROBÓTICA E TELECIRURGIA: UMA ABORDAGEM DE DIREITO COMPARADO (ESTADOS UNIDOS, UNIÃO EUROPEIA E BRASIL) ..... PÁGINA 722

ESTABELECIMENTO COMERCIAL DAS EMPRESAS VIRTUAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA EXIGÊNCIA DE PONTO FÍSICO ..... PÁGINA 744

MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: EFEITOS DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... PÁGINA 756

NARCISO REVERSO "O MUNDO DO ESPELHO DE NARCISO COMO UM ENIGMA PARA A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA COM ÊNFASE NO DIREITO CIVIL" ..... PÁGINA 764

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, APLICA O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO MINORITÁRIO FRANCÊS, NOS CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

Felipe Espolador Scarpeta[1]

Claudio Cezar Orsi[2]

Luiz Roberto Prandi[3]

RESUMO

A Corte de Cassação francesa alterou a compreensão dos doutrinadores franceses quanto à análise da teoria da perda de uma chance. A Corte condenou o médico negligente a pagar indenização, ancorando-se na causalidade proporcional. Contudo, a maioria dos doutrinadores não apoia a Corte nesse entendimento. Analisando a doutrina, verifica-se que é com base na doutrina minoritária francesa que o Superior Tribunal de Justiça aplicou o entendimento minoritário francês, aplicando a teoria da perda de uma chance na seara médica, condenando com base no nexo causal proporcional.

Palavras-Chave: Responsabilidade médica; Causalidade Parcial; Doutrina Francesa; Aplicação Brasielira.

ISSNe 2595-1602

[1] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama – Paraná, integrante do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), acadêmico discente da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). 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

Em 1965, a Corte de Cassação francesa decidiu que o médico, o qual agiu com negligência, deve indenizar o paciente, baseado na teoria da perda de uma chance, visto que, por culpa do médico o paciente teve destruída a chance de recuperação.

A discussão doutrinária busca analisar se é cabível a aplicação da teoria na seara médica. Inicia a discussão em que doutrinadores franceses como Savatier e Penneau, pioneiros nas análises da perda de uma chance (clássica), entenderam que a Corte estava equivocada. Todavia, o doutrinador Chabas segue um entendimento divergente, pactuando com a Corte. Nasce a ramificação da teoria (clássica) e teoria na seara médica.

A Teoria da Perda de uma chance somente foi julgada no Superior Tribunal de Justiça – STJ, no final de 2012, REsp n° 1.254.141, no caso, o STJ aplicou a doutrina minoritária francesa.

2. OBJETIVO

O estudo discorre acerca dos entendimentos da teoria na seara médica, que se iniciou na França, bem como analisar a forma como o STJ aplicou o doutrina minoritária no primeiro julgado.

3. REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO

Metodologia de pesquisa respaldada no escopo legal, revelando a pesquisa bibliográfica e a análise de acórdãos do STJ, que aplica a teoria e o entendimento analisado e discutido.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA NA SEARA MÉDICA E CONFLITO DOUTRINÁRIO

A Corte de Cassação francesa (1965) condenou o médico por erro, por realizar diagnóstico errado, causando lesões permanentes, as quais deixou o paciente com incapacidade permanente. A Corte de Cassação manteve a decisão, condenando o médico a indenizar o paciente por retirar suas chances de cura (CARNAÚBA, 2013, p.139).

A partir desse julgado, os doutrinadores Savatier e Penneua iniciaram a discussão,

ISSNe 2595-1602

expondo o entendimento que se tornou o majoritário dentre os doutrinadores franceses.

4.1 DOUTRINA MAJORITÁRIA

Expõe Penneua (PENNEUA, 1990 apud SILVA, 2012, p.84) que a decisão "estava em desalinho com os princípios de direito comum sobre a causalidade, divergindo completamente dos outros casos de aplicação da noção da perda de uma chance". A doutrina francesa entende que é fundamental, na perda de uma chance, o desconhecimento do resultado final, contudo, nos casos de erro médico, se conhece o resultado, morte ou incapacidade.

Observa Savatier, "[...] o juiz deve decidir de acordo com os fatos da causa, em que lado dessa média teórica se encontra a espécie que está sendo julgada, pois a simples apresentação estatística não é dado suficiente para encontrar a causalidade necessária." (SAVATIER, 1976 apud SILVA, 2012, p.89). Assim, o magistrado deve analisar se existe ou não causalidade. Demais doutrinadores seguem o mesmo que Savatier, nos casos de que "a perda de uma chance no terreno médico hospitalar é o paraíso do juiz indeciso, devendo ser totalmente rechaçada, pois representa um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade [...]" (SILVA, 2012, p.89).

Logo, os doutrinadores afirmam que não se deve aplicar a teoria na área médica, pois, já se sabe o resultado final, não sendo cabível a aplicação, por não haver causalidade entre o erro médico e o resultado final.

4.2 DOUTRINA MINORITÁRIA

Chabas faz distinção de como deve ser aplicada a teoria, só aplicando nos casos em que o paciente não apresentar condições normais de saúde e, também, a conduta do médico que retira as chances de cura (SILVA, 2012, p. 101). Logo, aplica-se a causalidade parcial, devendo o juiz condenar na baseada probabilidade.

Mémeteau afirma que em todos os casos de perda de uma chance de cura deve ser aplicada a causalidade parcial, e não somente nos casos em que se apresentem os requisitos acima. (MÉMETEAU, 1997 apud SILVA, 2012, p. 101).

Seguidores da doutrina majoritária, Viney e Jourdain afirmaram que não ficaram surpresos por aplicar a teoria no erro médico, já que a perda da chance discute a incerteza do nexo causal (GENEVIÉ; JOURDAIN, 2006 apud CARNAÚBA, 2013, p. 141).

ISSNe 2595-1602

Assim, fundamentam que deve ser aplicada a teoria na seara médica, baseando-se no nexo causal parcial, no mesmo sentido aplicado nos tribunais da França e, agora, no Brasil.

5 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

O primeiro acórdão proferido pelo STJ, em 2012, pela Min. Nancy Andrighi, expôs a divergência entre a doutrina francesa, mas ainda assim, decidiu-se pela aplicação do entendimento minoritário.

O presente REsp n° 1.254.141 condenou o médico ao pagamento de 80% do valor que o autor pretendia receber, fundamentando a Min. que: *"A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final."* (BRASIL, 2012). Assim, a negligência médica teve parte para privar a chance de cura do paciente.

Ainda afirma a Min. Nancy, *"O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta."* (BRASIL, 2012). A partir desse julgado, o STJ começou a aplicar a teoria neste sentido, como no REsp n° 1.622.538 e 1.622.338 de relatoria da mesma Min., REsp n° 1.677.083 de relatoria do Min. Ricardo V. B. Cueva. Portanto, fica clara a aplicação da doutrina minoritária francesa no STJ.

ISSNe 2595-1602

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que na França a doutrina ainda segue o mesmo entendimento, contudo, a linha minoritária segue com a condenação pela causalidade parcial, nos casos de erro médico. Então, percebe-se que o STJ, também, seguiu o entendimento da causalidade parcial.

REFERÊNCIAS

Silva, R. Petiffi – *Responsabilidade civil pela perda de uma chance,* 3.ª ed. actual. São Paulo, Brasil: Atlas, 2013. 84-89-101 p. ISBN 978-85-224-7535-3.

Carnaúba, D. Amaral – *A responsabilidade civil pela perda de uma chance: A álea e a técnica,* 1.ª ed. actual. São Paulo, Brasil: Método, 2013. 139-141 p. ISBN 978-85-309-4803-0.

BRASIL – *Superior Tribunal de Justiça,* Recurso Especial n. º 1.254.141, Relator Nancy Andrighi, 04 dez. 2012. [consult. 19 Mai. 2019], Disponível em: <Ww2.stj.jus.br>.

ISSNe 2595-1602

A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Autora: Karoliny Moreira Bezerra[1]

Orientador: Marcel Moraes Mota[2]

Resumo

O artigo aborda o direito ao esquecimento à luz da legislação brasileira, mediante pesquisa bibliográfica e documental em textos normativos e doutrinários do Direito, leis e jurisprudência, bem como em casos ocorridos e julgados no Brasil, como o de Aída Curi e a Chacina da Candelária. O texto objetiva refletir sobre o direito a privacidade do indivíduo frente à liberdade de informação e de imprensa, considerando a dignidade humana. O embate entre direitos deve ser solucionado pelo princípio da proporcionalidade. Os resultados convergem para o juízo de que, mesmo constituindo uma vertente nova das modernas relações interpessoais que não dispõe de lei específica, o direito ao esquecimento deve ser considerado atenciosamente, pois está fundamentado nos direitos da personalidade e resguardado pela Constituição de 1988, pelo Código Civil, por Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil e em decisões proferidas pelos tribunais superiores.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Privacidade. Dignidade humana. Informação.

ISSNe 2595-1602

1 Acadêmica de Direito no Centro Universitário Farias Brito (FBUNI). Assistente Social. Especialista em Gestão Social pela Faculdade Metropolitana de Fortaleza (FAMETRO). Técnica de assessoramento aos CRAS do Estado do Ceará pela Secretaria de Proteção Social do Estado do Ceará (SPS), email: karoliny.moreira@hotmail.com.

2 Professor de Direito no Centro Universitário Farias Brito (FBUNI). Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado, email: marcelmoraesmota@hotmail.com.

1. Introdução

O direito ao esquecimento trata da autodeterminação das informações sobre si mesmo, de modo que o indivíduo possa controlar as notícias disponíveis sobre o seu passado e não ser incomodado pelo mesmo, haja vista não constituir interesse público.

O artigo tem o intuito de refletir sobre o direito a ser esquecido, com base em direitos e garantias individuais ancorados nas normas constitucionais e nas decisões dos tribunais superiores do Brasil em casos concretos, como o de Aída Curi e a Chacina da Candelária.

Este tema foi escolhido como objeto de estudo, diante de sua atualidade na sociedade da informação e dos desafios que advêm do acesso a dados pessoais na internet, em que o uso de redes e mídias sociais popularizou-se de tal maneira a gerar prejuízos ao direito à privacidade do indivíduo.

Toda pessoa, ainda que tenha cometido ato ilícito, faz jus aos direitos da personalidade, ao sossego e até ao anonimato, se assim o desejar ou necessitar, quando se tratar de fatos ocorridos em dado momento de sua história e que lhe causem dor ou desconforto, uma vez que o passado não deve tornar-se uma punição eterna ou uma lembrança constante no tempo presente.

No presente trabalho arrazoamos sobre o direito ao esquecimento mediante pesquisa bibliográfica e documental. A primeira contribui para a compreensão do tema em questão por meio de bases conceituais, enquanto a segunda possibilita um enfoque em fontes como leis, jurisprudências e outros documentos específicos.

O artigo está dividido em três partes. No primeiro momento, apresentamos um esboço dos direitos da personalidade com enfoque na privacidade. A segunda parte trata da colisão entre os direitos de privacidade e dignidade humana em contraposição à liberdade de imprensa e à informação. Por último, abordamos o direito ao esquecimento, expondo o amparo legal que encontra no ordenamento jurídico brasileiro e apresentando brevemente dois casos julgados, que foram a Chacina da Candelária e Aída Curi.

2. O direito á privacidade e os desafios à sua implementação

A personalidade é um atributo inerente às pessoas. Conforme lição de Nader (2018, p. 207), os direitos da personalidade “não se confundem com os direitos humanos, mas deles se desprendem”. Estão vinculados às questões íntimas das pessoas.

Os direitos da personalidade são fruto do avanço no debate relacionado aos direitos humanos, que anteriormente à Constituição Federal de 1988 (CF/88) e ao Código Civil de 2002 (CC/2002) se resguardavam à doutrina, à jurisprudência e a algumas leis que não tratavam o tema de modo sistematizado. Esses direitos objetivam a proteção e o respeito à vida.

ISSNe 2595-1602

Acerca disso, lembra Tartuce (2018, p. 119) que o atual CC privilegia o termo pessoa em detrimento de homem, justamente para valorizar a ideia de pessoa que está integrada na sociedade e que deve ter sua dignidade assegurada, conforme sustentado pela Constituição. Aduz-se da mesma a noção de Constitucionalização do Direito Civil, ou seja, a imposição da leitura dos institutos de direito civil em acordo com o texto constitucional.

É importante também mencionar que os direitos supracitados caracterizam-se por serem absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios (GAGLIANO e FILHO, 2014, p. 148). Trata-se de direitos dos quais são titulares todas as pessoas pela simples razão de existirem e que devem ser imperativamente observados pela coletividade.

A privacidade, por sua vez, é o elemento da personalidade que está vinculado a um espaço restrito ao acesso público, trata-se do ambiente privado e pessoal de alguém. Segundo Diniz (2017, p. 488) é "a pretensão do indivíduo de decidir quando, como e até que ponto uma informação sobre si pode ser comunicada a outrem".

O direito à privacidade encontra amparo legal tanto na Carta Magna de 1988, assumindo força de direito fundamental, como no CC/2002. A CF/88 em seu art. 5°, X, dispõe que "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". O referido Código declara no art. 21 que "a vida privada da pessoa é inviolável", destacando a importância da proteção à privacidade do indivíduo.

Gonçalves (2011, p. 67) lembra que o dispositivo do CC/2002,

> em consonância com o disposto no art. 5º, X, da CF, suprarreferido, protege todos os aspectos da intimidade da pessoa, concedendo ao prejudicado a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal. Caso o dano, material ou moral, já tenha ocorrido, o direito à indenização é assegurado pela norma constitucional mencionada.

Ainda que a noção de privacidade não seja recente, esse tema ganhou impulso através do artigo publicado por Warren e Brandeis, The Right to Privacy, em 1890, em decorrência da exposição pública de fatos da vida privada da família de Warren (CANCELIER, 2017 p. 217). Os autores defenderam que a privacidade consistia em direito que merecia tutela jurídica.

Acerca do referido direito, Mota (2016, p. 87) contribui ao mencionar a distinção do mesmo em duas dimensões: "o direito de estar só e o direito ao controle das informações de caráter pessoal", sendo a última de interesse de nosso trabalho, tendo em vista estar diretamente relacionada ao direito ao esquecimento.

A internet apresenta-se, hoje, como um dos principais meios para a busca de informações e de comunicação entre as pessoas. É neste espaço também que se encontram os grandes desafios à implementação da privacidade.

A captura não autorizada de dados pessoais, voz e imagem das pessoas tem sido propiciada por aplicativos diversos instalados em aparelhos de celulares e

ISSNe 2595-1602

em computadores conectados à internet. Essa situação tem gerado inúmeras discussões porque infringe a proteção da vida íntima das pessoas.

Mota (2016, p. 94) destaca que as novas ferramentas baseadas em algoritmos, como os cookies, por exemplo, registram informações sobre as pesquisas realizadas por usuários na rede mundial de computadores direcionando campanhas de marketing durante seus acessos particulares na internet.

Um dos maiores sites de busca da atualidade, o Google, guarda todo tipo de informação pessoal, profissional e até financeira através do estabelecimento da conexão com inúmeros bancos de dados. Além disso, muitas empresas não protegem adequadamente o cadastro de usuários e clientes tornando seus dados vulneráveis, exigindo maior investimento na área de segurança digital.

Diante desse cenário, é válido citar a proposta de emenda à Constituição nº 17/2019 encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, para incluir a proteção de dados pessoais inclusive nos meios digitais entre os direitos fundamentais do cidadão com maior amparo legal, além do previsto nas normas anteriormente citadas.

3. A dignidade humana e o embate de normas constitucionais: privacidade versus liberdade de imprensa

ISSNe 2595-1602

A palavra dignidade deriva de “dignus”, que significa aquilo que possui honra ou importância. Ramos (2018, p. 78) cita Kant ao lembrar que tudo possui um preço ou uma dignidade. De modo que as coisas passíveis de substituição têm preço, enquanto as coisas que não dispõem de equivalentes, possuem dignidade.

A República Federativa do Brasil possui como um de seus fundamentos a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), que se apresenta como princípio geral, porque norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro e se relaciona intrinsecamente com os direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2012. p. 24).

Para Didier Júnior (2016, p. 76) a “dignidade da pessoa humana pode ser considerada como sobreprincípio constitucional, do qual todos os princípios e regras relativas aos direitos fundamentais seriam derivação, ainda que com intensidade variável”.

Esse princípio reveste-se de fundamental importância para o indivíduo porque trata da garantia de seus direitos individuais. Neste sentido, apresenta-se como alicerce para a proteção dos direitos da personalidade, dentre os quais estão a privacidade e o direito ao esquecimento.

Todavia, os direitos mencionados acima, responsáveis por resguardar a vida íntima das pessoas, têm sido afetados pelo desenvolvimento tecnológico e o acesso de dados na internet, onde tem ocorrido de forma vertiginosa o compartilhamento público de informações privadas, acarretando a eternização de notícias que geram prejuízos à vida das pessoas.

Por seu turno, a CF/88 declara explicitamente no art. 5º, incisos IV, V, IX e XIV, a liberdade de pensamento, de expressão e o acesso a informação, respectivamente. No capítulo V, art. 220, apresenta "a proteção à manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, de modo que não sofrerão qualquer restrição".

As informações e o conhecimento adquirido compõem aquilo que a memória guarda, não apenas individualmente, porque a memória possui natureza social e coletiva, bem como é fator relevante de identidade, preservando o passado e comunicando-se com o presente e o futuro. A importância da memória coletiva para a sociedade é inconteste (PADRÓS, 2004, p. 80).

No entanto, ainda que consistam em direitos fundamentais, a liberdade de expressão e informação não é ilimitada. Sobre isso, leciona Moraes (2007, p. 252):

> A proteção constitucional à informação é relativa, havendo necessidade de distinguir as informações de fato de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.

Júnior e Neto (2013, p. 13) contribuem acerca da temática com a seguinte reflexão:

> O contexto atual sobre a informação, ao passo que é de muita importância para as relações sociais, econômicas e educacionais, caminha ao lado de questionamentos elementares como de que maneira tornar o ambiente informacional digno e de acordo com os princípios e direitos fundamentais.

ISSNe 2595-1602

Neste sentido, surge o questionamento sobre qual a limitação para o princípio constitucional da liberdade de imprensa e de informação em face dos direitos da personalidade que também encontram amparo constitucional?

Para responder à pergunta, é necessário compreender que os limites impostos à divulgação de dados não podem ser confundidos com censura, uma vez que a defesa da privacidade e o direito ao esquecimento estão voltados a questões íntimas dos indivíduos, onde os interesses públicos e sociais não devem incidir.

Não se defende aqui uma valoração maior a direitos fundamentais específicos, ou seja, que o direito à privacidade deve sobressair-se à liberdade de imprensa. Mas consideramos que o princípio da proporcionalidade deve atuar quando ocorrer a colisão de direitos, por entender que o mesmo é capaz de avaliar a adequação e a necessidade de certas medidas, assegurando o bom senso, a prudência e a justa medida, que é a justiça no caso concreto.

Segundo Dworkin (2002, p. 42), os princípios possuem "dimensão de peso ou de importância", enquanto as regras apresentam dimensão de validade. Quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. No caso dos princípios, "quando se intercruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um" no caso concreto.

Alexy (2008, p. 90) defende que os princípios constituem mandados de otimização porque "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas". A proporcionalidade em sentido estrito assegura a ponderação entre princípios, revelando o grau de importância da realização do princípio prevalente, o grau de restrição do princípio deslocado e a comparação entre eles.

Isto posto, havendo a colisão de princípios é necessário servir-se da proporcionalidade, de maneira que um dos princípios terá que ceder diante do outro, buscando-se o princípio que tenha maior precedência no caso concreto, ou seja, aquele que possui maior peso. O resultado do sopesamento de princípios varia conforme as situações analisadas.

4. O surgimento do direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento tem origem na década de 1930, quando uma cidadã estadunidense requereu tutela jurídica que resguardasse sua privacidade, diante de seu processo de ressocialização, para que não fossem mais divulgados dados referentes ao seu passado (CACHAPUZ e CARELLO, 2016. p. 59). Gabrielle Darley Melvin teve o seu pedido acolhido Tribunal da Califórnia por meio do direito suprarreferido, bem como a reparação de danos ocasionados à sua honra e imagem.

As autoras mencionadas acima destacam também um caso ocorrido na Alemanha, nos anos de 1970, que gerou repercussão no âmbito da jurisprudência estrangeira, e ficou conhecido como "Caso Lebah". Refere-se ao assassinato de soldados de Lebah e à solicitação de um dos condenados de que, em face de sua saída da prisão pelo cumprimento da pena imposta, o crime não fosse noticiado em um determinado programa de TV, para assegurar melhor reinserção do mesmo na sociedade. Como no primeiro caso, aqui o autor também teve seu pedido acolhido.

É válido comentar que nas duas situações foi debatida a colisão entre os direitos de privacidade e inviolabilidade da intimidade, os chamados direitos da personalidade, e a liberdade de informação, de expressão e de imprensa. As decisões proferidas pelos tribunais superiores levaram em conta a dignidade humana. O direito ao esquecimento vem sendo demandado em outras ocorrências, o que justifica a necessidade do aprofundamento do debate em torno do tema.

A reclamação pelo controle de informações pessoais motivou a Comissão Europeia a realizar de uma Conferência, no ano de 2009, que se dedicou "a debater o uso de dados pessoais e sua proteção, bem como examinar os novos desafios para a privacidade" (LIMA, 2013. p. 274). Essa discussão resultou na codificação do direito ao esquecimento em uma diretiva e um regulamento pelo Parlamento e pelo Conselho europeu no ano de 2012.

O Chile não dispõe de um reconhecimento legal expresso ao direito ao esquecimento, contudo a intimidade encontra-se protegida no art. 19 "de la Carta Fundamental del derecho a la honra y a la protección de la vida privada de la

ISSNe 2595-1602

persona y su familia" (MARTINEZ, 2016. p. 354). Além da Constituição, esse direito encontra amparo na Lei 19.628 sobre a proteção à vida privada.

4.1 O amparo legal do direito ao esquecimento no Brasil

Em março de 2013, o Conselho da Justiça Federal (CJF) realizou a VI Jornada de Direito Civil. Nesse evento, foi aprovado o Enunciado n. 531, que estabeleceu de maneira expressa o direito ao esquecimento: "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento" (NADER, 2018. p. 213).

Esse importante documento apresenta a seguinte justificativa:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Cabe mencionar, também, outros importantes enunciados aprovados nas Jornadas organizadas pelo CJF do Superior Tribunal de Justiça. Conforme o Enunciado n. 274, admitido no ano de 2006, "os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana,. Em caso de colisão entre eles, deve-se aplicar a técnica da ponderação".

Logo, depreende-se que o rol de direitos da personalidade definido no Código Civil é apenas exemplificativo, já que não exclui outros não mencionados, como o esquecimento, mas que são essenciais à pessoa humana. (TARTUCE, 2018. p. 152).

O Enunciado n. 576, admitido em 2015, define que "o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória", ou seja, é imperativo resguardar a proteção do direito material, pois não é possível restaurar o abalo à privacidade de alguém. A compensação financeira apenas ameniza o caso.

O referido direito, portanto, tem-se desenvolvido a partir dos debates no campo doutrinário e das decisões proferidas pelos tribunais com a respectiva repercussão das mesmas na vida das pessoas de um modo geral, ancorando-se, como defendido por Tepedino (2012, p. 03), na Constituição Federal de 1988 e no atual Código Civil brasileiro. Não há legislação específica que trate do tema.

Atualmente, aguarda-se a decisão do Superior Tribunal Federal (STF) que envolve o direito ao esquecimento na esfera civil. O Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 833248 teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte e analisará a veiculação de fatos pretéritos e decidirá quanto aos prejuízos

ISSNe 2595-1602

causados à parte autora da ação e possível benefícios da exposição de informações à sociedade.

4.2. Casos julgados no Brasil: Chacina da Candelária e Aída Curi

A 4ª Turma do STJ foi a responsável por debater e julgar os casos da Chacina da Candelária e de Aída Curi. As duas situações envolveram o programa de TV da Rede Globo – Linha Direta Justiça.

Chacina da Candelária se refere ao massacre ocorrido em 23 de julho de 1993 próximo à Igreja Nossa Senhora da Candelária, localizada no centro do Rio de Janeiro. Neste crime, um grupo de pessoas abriu fogo sem causa contra moradores de rua que dormiam na praça. Desses, a maioria era composta por adolescentes e jovens. Foram oito mortes, sendo seis menores de idade.

Treze anos depois, no dia 24 de julho de 2006, o Programa Linha Direta Justiça levou ao ar essa ocorrência, através da reconstituição do crime. Um dos denunciados à época, Jurandir Gomes de França, inconformado com o episódio do programa que citou seu nome, mesmo com a ressalva de que ele foi absolvido das acusações, ajuizou ação de reparação de danos morais "calcada no direito à paz, ao anonimato e à privacidade pessoal e exposição ilícita de sua imagem e nome". O processo chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) via Recurso Especial nº 1.334.097/RJ sendo provido, em segunda instância, por maioria. Na modulação dos princípios constitucionais, prevaleceu a proteção da "intimidade, vida privada, honra e imagem", sedimentada pela dignidade humana (LEE, 2017. p. 142-144).

Aída Jacob Curi foi assassinada, aos 18 anos, no dia 14 de julho de 1958, por dois rapazes que a levaram à força para o topo do Edifício Rio Nobre, localizado no bairro de Copacabana/RJ. Os homens abusaram sexualmente da vítima e em seguida a jogaram do décimo segundo andar, na tentativa de simular suicídio pela vítima, que morreu devido à queda. Foi acusado, além dos dois rapazes, o porteiro do prédio, Antônio João de Souza. Mas esse último foi absolvido.

O Programa da TV Globo exibiu o crime praticado contra Aída no dia 29 de abril de 2004, o que motivou os irmãos da vítima a notificarem a emissora de TV e ajuizarem também ação de reparação de danos morais e materiais, pois o crime já havia sido esquecido e não seria mais de interesse público. Sustentando ainda que o enriquecimento da emissora sobre as feridas e traumas familiares não eram suportáveis e nem justificáveis. Esse processo foi julgado pelo STJ por meio do Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, mas não foi provido. Nesse caso, no conflito aparente entre de direitos fundamentais, sobressaiu-se a liberdade de informação e de imprensa, diante do caráter histórico do crime (LEE, 2017. p. 142-144).

Todavia, por se tratar de tema que envolve harmonização entre princípios constitucionais, o recurso referente ao caso Aída Curi foi revisto pelo Superior Tribunal Federal, no ano de 2014, que por maioria reconheceu a existência de repercussão geral. E, como já citado em momento anterior, o STF analisará o ARE

ISSNe 2595-1602

833248 RG/RJ para a definição do caso e dos prejuízos causados ao indivíduo que tem a sua intimidade exposta diante da sociedade em geral.

Os dois casos são citados rotineiramente como referência nos estudos sobre o direito ao esquecimento, porque inauguraram a discussão sobre o tema em questão pela 4ª Turma do STJ, que reconheceu a necessidade do esquecimento no caso da Chacina da Candelária. No último caso, a corte superior negou provimento ao recurso não por desconsiderar o direito ao esquecimento, mas por entender que o mesmo não se aplica à demanda da família de Aída Curi. Vale ressaltar que a violência contra a mulher é um tema que aflige a sociedade e de relevância social.

O direito ao esquecimento deve incidir para a proteção dos dados privados quando estes não forem de interesse coletivo, quando não afetar a memória coletiva e a história de um povo; mas que, ao contrário, venha a prejudicar (ou esteja prejudicando) a vida de um indivíduo na sociedade, denegrindo sua imagem ou honra, causando-lhe dano material ou moral, bem como dano emocional.

Deve-se considerar também a veracidade das informações divulgadas e o período em que aconteceu o fato que se quer esquecer, pois não sendo de interesse social, quanto mais antigo for, maior peso deve ser dado ao direito ao esquecimento, tendo em vista a inutilidade do acontecimento para a sociedade.

Nos casos que envolvem pessoas notórias, como políticos e artistas, a tutela da privacidade incide de forma mais branda em comparação com pessoas que não dispõe de vida pública. Entretanto, o direito ao esquecimento pode ser buscado por todas elas (RIBEIRO, SANTOS e SOUSA, 2018. p. 328).

ISSNe 2595-1602

5. Conclusão

O tema apresentado neste trabalho teve como intuito oferecer elementos para uma reflexão acerca da proteção da privacidade e do acesso ao direito ao esquecimento no atual contexto em que vivemos, onde imperam o desenvolvimento tecnológico e a rapidez no compartilhamento de informações.

Ainda que o direito ao esquecimento não disponha de legislação específica no Brasil, está ancorado nos direitos da personalidade e encontra fundamento tanto na CF/88, como no atual CC e em enunciados das Jornadas de Direito Civil realizadas anualmente pelo CJF. O acesso a esse direito já foi assegurado pelo STJ, revelando a existência material do mesmo, que segue atualmente em discussão no STF. O tema possui repercussão geral.

O direito ao esquecimento e a proteção da privacidade colidem com a liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa, como já examinado anteriormente. Todavia, esse embate de normas constitucionais deve ser analisado à luz do princípio da dignidade humana, que se constitui um dos fundamentos da república federativa do Brasil.

Diante disso, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade, realizando-se a técnica do sopesamento entre princípios e avaliando-se a

adequação e a necessidade de certas medidas, a fim de que seja assegurada a justiça no caso concreto.

Conclui-se, portanto, que a autodeterminação acerca das informações sobre si mesmo é um direito individual. E que os erros cometidos no passado e devidamente corrigidos devem lá permanecer, pois os infortúnios não devem se perpetuar no tempo, isso é cruel e degradante, e fere de maneira inconteste a dignidade humana.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

CACHAPUZ, Maria Claúdia; CARELLO, C. A Doutrina do "Right to be Forgotten" pela perspectiva das relações entre privados. **Revista da Ajuris**, v. 140, 2016. p. 55-73,

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequencia**, v. 38, 2017. p. 217.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 76-77, 88-91.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 488.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

Direito ao esquecimento e a VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em maio 2019.

Direito ao Esquecimento. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf. Acesso em maio de 2019.

Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18380&revista_caderno=7. Acesso em maio de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil v. 1**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil:** parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

JÚNIOR, Antônio Rulli; NETO, Antônio Rulli. Direito ao Esquecimento e o Superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. **Revista Esmat**, Palmas, Ano 5, nº 6, jul/dez 2013. p. 13.

ISSNe 2595-1602

LEE, Yun Ki. Direito ao Esquecimento: seu alcance pelos precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia e Superior Tribunal de Justiça e reflexos nas liberdades de informação, expressão e imprensa. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 2, jul/dez 2017. p. 142-144.

LIMA, Erik Noleta Palma. Direito ao Esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50, n° 199 jul./set. 2013. p. 274.

MARTINEZ, Ángela Vivanco. El derecho al olvido y e el eventual poder que tenemos sobre nuestra propia "história". **Sentencias Destacadas**, 2016. p. 354.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 252.

MOTA, Marcel Moraes. Direito à privacidade na internet. **Rev. Diálogo jurídico**, Fortaleza, v. 20, n. 20, ago/dez 2015. p. 87-94.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil v. 1**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 207. p. 148-213.

PADRÓS, Enrique Serra. Usos da Memória e do Esquecimento na História. **Revista Literatura e Autoritarismo (Online)**, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 78.

RIBEIRO, Diaulas Costa; SANTOS, J. E. S. ; SOUSA, M. S. C. . Direito ao esquecimento: uma análise jurídica da jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, 2018. p. 328. DOI: 10.5433/1980-511X2018v13n1p291. ISSN: 1980-511X.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v. 1**: lei de introdução e parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 119-152.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do Código Civil**, Organizações Globo, 2012, p. 03. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120823-06.pdf. Acesso em maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NO BRASIL E NA ALEMANHA: O CASO MARIANA – SAMARCO E O CASO *DIESELGATE* – VOLKSWAGEN

Thaisa Toscano Tanus[1];

Elder Antônio Lunardi[2].

Resumo: A proteção ao meio ambiente é considerada um direito humano fundamental, amparada por institutos jurídicos de punição em caso de sua violação, como a responsabilidade civil por danos ambientais provocados. No Brasil, o tema é regulado pela Constituição Federal de 1988 (art. 225, §3º) e pela Lei nº 6.938/1981. Na Alemanha, as leis que regulam a matéria são o Código Civil e a Lei de Responsabilidade Civil Ambiental. Dois estudos de casos foram realizados a fim de se comparar a responsabilidade civil ambiental nos dois países: o caso Mariana, no Brasil, em que uma barragem se rompeu, causando uma tragédia ambiental, e o caso *Dieselgate*, na Alemanha, em que um software adulterou as emissões de poluentes nos carros da marca Volkswagen, violando normas ambientais. Considerando a legislação ambiental e os estudos de casos realizados dos dois países, pode-se dizer que a Alemanha está bastante à frente do Brasil em termos de eficácia legislativa e judiciária.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil ambiental, Brasil, Alemanha, Mariana, *Dieselgate.*

ISSNe 2595-1602

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira em Goiânia, Goiás, Brasil, e-mail toscanothaisa@gmail.com

2 Orientador e docente do curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira em Goiânia, Goiás, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás (1993); mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (1997); doutor em Direito Público pela Universidade de Burgos, Espanha (2015), e-mail elderbhl@hotmail.com

INTRODUÇÃO

É crescente a preocupação dos países com a proteção ao meio ambiente, e consequentemente com a preservação dos recursos naturais como forma de manter a viabilidade de vida no planeta. Estados e organizações têm atuado para implantar políticas de proteção ao meio ambiente, de forma a difundir uma conscientização ambiental, na tentativa de reverter o processo de degradação ambiental e assim evitar que se configure um quadro de irreversibilidade.

Em tal cenário contemporâneo, o Direito Ambiental assume papel relevante, visto que é quase impossível resguardar o meio ambiente contra crimes e abusos sem a aplicação dos devidos instrumentos jurídicos, econômicos e sociais.

Neste sentido, a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente existe no mundo todo, vinculada à obrigação de fazer, não fazer, reparar e/ou indenizar tais danos. No Brasil, os principais instrumentos legais que versam sobre o assunto são a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, §3º, e a Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

A Alemanha é conhecida internacionalmente por sua preocupação ambiental, sendo pioneira na adoção de políticas sustentáveis, falando-se inclusive em um Estado Ambiental Alemão, em que a proteção ambiental tem hierarquia fundamental. O Código Civil de 1896 e a Lei de Responsabilidade Civil Ambiental de 1990 regulamentam a responsabilidade civil por danos ambientais no país.

Este estudo visou comparar o instituto jurídico da responsabilidade civil ambiental no Brasil e na Alemanha, e assim avaliar em qual destes dois países a legislação ambiental é mais eficiente em proteger o meio ambiente e em punir os responsáveis por danos a ele causados.

Procedeu-se através de pesquisa bibliográfica sobre legislação ambiental, além de dois estudos de casos sobre eventos que comprovadamente geraram graves impactos ambientais e à saúde humana e elevados prejuízos financeiros, ocorridos em ambos os países no ano de 2015.

O primeiro estudo de caso aborda a tragédia ocorrida com o rompimento de uma barragem de minérios em Mariana, Minas Gerais, Brasil, operada pela empresa Samarco, gerando destruição da fauna e flora locais, do patrimônio histórico, prejuízos econômicos, centenas de desabrigados, além da morte de 19 pessoas.

O segundo diz respeito ao *Dieselgate*, escândalo envolvendo testes de emissões de poluentes em veículos da empresa Volkswagen, na Alemanha, adulterados por um software que alterava os níveis de emissões para se enquadrar nas normas ambientais, mas em rodagem poluía muito além do permitido por lei, causando alterações climáticas, doenças cardiorrespiratórias e mortes prematuras, não só na Alemanha, como em vários países da Europa.

Foram analisados os desdobramentos jurídicos na esfera civil de responsabilidade ambiental, bem como as perspectivas em cada caso, até o fechamento deste estudo, uma vez que ainda existem ações judiciais em andamento em ambos os casos. Desta forma, buscou-se conhecer como Brasil e Alemanha

ISSNe 2595-1602

punem os poluidores ambientais e adotam medidas a fim de reparar e não repetir os erros cometidos.

OBJETO DO ESTUDO

A Responsabilidade Civil Ambiental comparada no Brasil e na Alemanha, através de dois estudos de caso que causaram diversos impactos ambientais: o acidente com a barragem em Mariana, no Brasil, e o escândalo das emissões de veículos a diesel, o *Dieselgate*, na Alemanha.

REFERENCIAL TEÓRICO

DEFINIÇÃO LEGAL DE MEIO AMBIENTE

A proteção ao meio ambiente assume grande relevância na sociedade contemporânea. As incertezas decorrentes de danos ambientais têm levantado discussões em todo o mundo, acerca da implantação de políticas de proteção ambiental, bem como da conscientização por um meio ambiente sadio, e assim, por uma melhor qualidade de vida. Neste cenário, o direito assume papel de extrema importância (MATIAS & MATTEI, 2014, pp.227-228).

Foi com a Declaração da Conferência das Nações Unidas, realizada em 1972 em Estocolmo, Suécia, que o meio ambiente foi elevado à categoria de "direito fundamental do homem". Outras convenções ocorreram, mas a que mais se destacou e reflete o atual ordenamento jurídico mundial, no quesito meio ambiente, foi a Conferência de 1992 – RIO 92, realizada no Rio de Janeiro, Brasil. Destacou-se também a Agenda 21, que com um plano de ação internacional, propôs a cooperação dos países para preservação dos recursos hídricos, ar, solo, florestas e índios (SOUZA, 2013, p.173).

A Constituição Federal de 1988, no Art. 3º, determina como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É impensável, pois, uma sociedade solidária sem a proteção ao meio ambiente.

Fiorillo (2013, pp.48-49) define meio ambiente como sendo "tudo aquilo que nos circunda". O autor considera o termo pleonástico e redundante, pois a palavra *ambiente* já traz em seu conteúdo a ideia de "âmbito que circunda", sendo desnecessária a palavra *meio*.

A definição legal de meio ambiente verifica-se no Art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, como se segue:

> "Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> I — meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

ISSNe 2595-1602

Tal conceito foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, a qual buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho. A definição de meio ambiente pelo legislador é ampla, criando assim um campo positivo de incidência da norma.

Para Thomé (2015, p.193), portanto, o conceito trazido pela Lei 6.938/81 deve ser interpretado de forma abrangente, em consonância com a Constituição, "no sentido de inserir os aspectos sociais, culturais e econômicos, além dos aspectos de ordem física, química e biológica, expressamente mencionados".

O conceito de meio ambiente deve, pois, envolver todos esses fatores, que conjuntamente formam o "ambiente". Desta forma, a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA nº 306, de 5 de julho de 2002, no inciso XII do Anexo I, expressamente conceitua *meio ambiente* como o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"

Assim, Thomé (2015, p.194), de acordo com a doutrina, classifica o meio ambiente em:

a) meio ambiente natural: também chamado de físico, constituído pelo solo, água, ar, flora e fauna (art. 225, CF/88);

b) meio ambiente cultural (art. 215 e 216 da CF/88): constituído pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico;

c) meio ambiente artificial (art. 182 e 183 da CF/88): o conjunto de edificações (espaço urbano) e equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, etc);

d) meio ambiente do trabalho (art. 7º, XXII e 200, VIII da CF/88): abrange a proteção do homem em seu local de trabalho, com observância às normas de segurança, além da saúde, prevenção de acidentes, dignidade da pessoa humana, salubridade e condições de exercício saudável do trabalho.

Com isso, para Matias & Mattei (2014, p.228), exige-se uma nova interpretação dos direitos que formam a tríade de valores do ideário liberal clássico: liberdade, igualdade e fraternidade devem ser concebidas com vistas à urgência da proteção ao meio ambiente.

Os direitos fundamentais distribuem-se em três gerações de direitos. Segundo Voos (2014, p.34), os direitos de primeira geração estão ligados à liberdade, à vida e à propriedade. Os direitos de segunda geração visam à realização da justiça social, incluindo os direitos sociais, culturais e econômicos. Já os de terceira geração visam a fraternidade e a solidariedade, de caráter humano e universal, protegendo a generalidade humana. A coletividade é o titular dos direitos de terceira geração.

A fraternidade deve ser interpretada como solidariedade social, o que pressupõe uma constante preocupação com o outro e com as futuras gerações, a fim de garantir condições dignas de sobrevivência. Assim, a ordem jurídica contemporânea deve atender às novas demandas sociais, entre as quais a efetivação do direito ao meio ambiente sadio (MATIAS & MATTEI, 2014, p.229).

ISSNe 2595-1602

O Supremo Tribunal Federal (STF) adota o entendimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de toda a coletividade, portanto, de terceira geração, conforme disposto no Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP, julgado pelo Ministro Celso de Mello:

> A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.
>
> O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação de direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não a indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.
>
> (…)

O ESTADO AMBIENTAL ALEMÃO

O Estado de Direito é uma preocupação universal, expressa na resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2006. O "*Rechtsstaat*", ou Estado de Direito Alemão, foi o precursor de alguns elementos importantes da atual compreensão do Estado de Direito, servindo de modelo para vários Estados da Europa (PIEROTH, 2015, p.48).

A Alemanha é um Estado cujo sistema jurídico é o *Civil Law*. Seu Direito, enraizado naquele das tribos germânicas e no Direito Romano, consiste em grande parte no Direito estatutário codificado (NEUMANN, 1996, p.70).

Segundo Hartmann & Molinaro (2009, pp.553-554), "o Estado Ambiental é um paradigma de variação do Estado de Direito idealizado na Alemanha". Em sua ordem constitucional, a proteção ambiental ocupa lugar e hierarquia fundamental; por isso, a execução do objetivo de proteção ambiental constitui uma das condições de legitimação da ação estatal.

A doutrina brasileira também trata do Estado Ambiental, embora concluindo apenas pelo reconhecimento da relevância da proteção da natureza para o Estado, sem conclusões ou proposições práticas de dogmática constitucional. A abordagem do tema ocorre em geral por influência indireta (abordagem portuguesa) e não pela análise da "original e rica produção doutrinária e jurisprudencial germânica".

Hartmann & Molinaro (2009, p.554) acrescentam que:

> "Além da produção doutrinária acerca do tema Estado Ambiental, também os aportes alemães para o direito ambiental constitucional são proveitosos na medida em que delimitam o conteúdo, âmbito e forma de proteção da norma da Lei Fundamental alemã que institui o objetivo estatal de proteção ambiental. A comparação com a norma presente no art. 225 da Constituição Brasileira é profícua."

Assim, o Estado Ambiental é aquele que se norteia pela proteção ambiental como objetivo e medida de suas decisões, devendo se amparar em uma ética ecológica. Sua característica central é a organização diferenciada do processo decisório em nível socioambiental, primando por uma ampla gestão participativa.

ISSNe 2595-1602

Orienta-se por um discurso de sustentabilidade, visando o aprimoramento da proteção da natureza. A proteção ambiental é uma das condições de legitimação de sua atuação. Tais características são atribuídas ao Estado alemão a partir da consagração do objetivo estatal de proteção ambiental na Lei Fundamental Alemã.

Quanto à participação popular na tomada de decisões, Neumann (1996, p.36) considera um "Estado Ambiental cooperativo", em que Estado e sociedade colaboram em conjunto na proteção ao meio ambiente, com participação das forças sociais na formação da vontade político-ambiental e no processo decisório. A inclusão de particulares reforça a consciência da responsabilidade social pela proteção ambiental. Assim, para Kloepfer (2010, p.6) o Estado Ambiental pode ser caracterizado por uma proteção ao meio ambiente amparada mais fortemente pelo setor não estatal, isto é, pelo âmbito social.

De acordo com Hübner (2014, p.4), o governo federal de Konrad Adenauer, em 1958, levou a escassez de recursos ao centro do debate político: "… a conservação de nosso sistema de suporte vital é parte de uma liberdade responsável. Quem explora hoje em dia de modo irresponsável este sistema e altera as relações ambientais fere a solidariedade entre as gerações".

Tal conceito é visionário, visto que concebe o cuidado com o meio ambiente como parte fundamental das políticas públicas nacionais. Eventos como a aprovação de documentos como o *Unsere Verantwortung für die Schöpfung* (Nossa Responsabilidade Frente à Criação) e a ascensão de Ângela Merkel (de início como ministra do Meio Ambiente até a atual posição como chanceler da Alemanha) corroboram a afirmação de que a temática ambiental está fortemente presente nas decisões econômicas e sociais alemãs.

Mas foi em 1971, segundo Carvalho (1998, p.217) que teve início o pensamento de proteção ao meio ambiente e seu desdobramento em leis ambientais, com o Programa do Meio Ambiente do Governo Alemão (*Das Umweltprogramm der Bundesregierung*).

O programa definia a proteção ao meio ambiente como o conjunto de medidas necessárias para assegurar ao homem: um meio ambiente que o possibilite levar uma vida saudável; a proteção do solo, ar, águas, plantas e animais contra os prejuízos ambientais causados pelo homem; e a tentativa de abolir ou evitar danos ou prejuízos ambientais provocados pela usurpação humana. Tais princípios serviram como base para as leis hoje existentes sobre meio ambiente na Alemanha.

Para Seht & Ott (2000, p.5), a Alemanha tem sido considerada líder europeia e internacional na proteção ao meio ambiente. A política ambiental alemã foi em muitos casos o ponto de partida da política ambiental da União Europeia (UE), já que a Alemanha apresentou uma substancial legislação de proteção ambiental muito antes que outros países do bloco.

Além disso, a experiência alemã mostra que suas medidas de proteção ambiental têm levado a consideráveis e positivos impactos econômicos; por exemplo, a Alemanha, junto com os Estados Unidos da América (EUA), lidera o mercado de tecnologias de proteção ambiental. De acordo com estimativas de 1997 da Agência Federal Ambiental da Alemanha (*Umweltbundesamt*), pelo menos 1,1

ISSNe 2595-1602

milhão de alemães trabalhariam em áreas relacionadas à proteção ambiental por volta do ano 2000 (SEHT & OTT, 2000, pp.30-31).

Neumann (1996, p.110) afirma que a legislação ambiental na Alemanha torna-se cada vez mais densa, desde que ela se tornou uma prioridade política pelo governo e pelo público. Ademais, a execução é um dos pontos fortes tradicionais da Alemanha. Assim conclui Franca Filho (1997, p.128):

> "A população alemã vem propugnando ultimamente por novos direitos, novas garantias jurídicas, os chamados "direitos de terceira geração". Uma vez solucionadas questões básicas (o analfabetismo, por exemplo, é inexistente), as demandas sociais deixaram de ser relativas às garantias clássicas do indivíduo contra o poder do Estado (como nos países subdesenvolvidos) e passaram a abranger direitos do consumidor, direitos à qualidade de vida (meio ambiente), direitos relativos às minorias étnicas, direitos urbanísticos, direitos culturais, *inter plures*" (FRANCA FILHO, 1997, p. 128).

A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NO BRASIL E NA ALEMANHA

Bedran & Mayer (2013, pp.63-64) afirmam que a proteção ao meio ambiente é assunto de interesse mundial, dada sua inquestionável relevância. Já resta claro que os efeitos da degradação são transfronteiriços, pois dependendo da dimensão do dano, poderão atingir até mesmo países mais distantes e trazer consequências irreversíveis para todo o planeta.

Neste sentido, os Organismos Internacionais e as Organizações não Governamentais (ONGs) vêm tentando estabelecer diretrizes e promover ações visando a preservação ambiental, nos níveis global, regional e local. Para isto, editam documentos que preveem a responsabilidade por danos ambientais, como no princípio nº 13 da Declaração do Rio (1992), sem menção expressa ao tipo de responsabilidade (subjetiva ou objetiva), que assim preconiza:

> "Os Estados devem desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais. Os Estados devem, ainda, cooperar de forma expedita e determinada para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental relativas à responsabilidade e indenização por efeitos adversos de danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle".

A fim de facilitar a compreensão do termo *responsabilidade*, há que se falar em um princípio que dá sustentáculo à responsabilidade por danos ambientais em vários países: o princípio do poluidor-pagador. Segundo Fiorillo (2013, pp.59-60), a definição deste princípio foi dada pela Comunidade Econômica Europeia (atual União Europeia), que preceitua:

> "as pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo direito público ou pelo direito privado, devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-la ao limite fixado pelos padrões ou medidas equivalentes que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo Poder Público competente".

ISSNe 2595-1602

Conforme entendimento do STF, no entanto, este princípio não deve ser compreendido como "pagar para poder poluir" ou "poluir mediante pagamento", de modo a estabelecer a licitude do ato poluidor. Deve ser compreendido em dois sentidos: 1) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e 2) ocorrido o dano, visa à sua reparação (caráter repressivo).

Assim, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ambientais que sua atividade possa causar, cabendo a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. E caso estes ocorram em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável por sua reparação. Tal é a visão do STF, a fim de adaptar o tema à realidade brasileira.

Segundo Seth & Ott (2000, p.13), o princípio do poluidor-pagador foi traduzido na Alemanha como *Verursacherprinzip*, termo que literalmente significa o princípio da causa ou da responsabilidade. Não se refere somente à poluição, mas a todas as atividades ambientalmente danosas ou negativas, e não aborda somente a alocação de custos. A contrapartida ao *Verursacherprinzip* é o princípio da "responsabilidade comum" – *Gemeinlastprinzip*, o qual preconiza que o público geral deve pagar pelos custos da proteção ambiental. Assim, a responsabilidade coletiva pode ser vista como uma forma especial do princípio do poluidor-pagador.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio do poluidor-pagador está previsto no art. 225, § 3º:

> "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> (...)
>
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independentemente da obrigação de reparar os danos causados*".

No caráter repressivo deste princípio incide a *responsabilidade civil*, pois o pagamento resultante da poluição não possui natureza de pena nem de infração administrativa, o que evidentemente não exclui a cumulatividade destas, conforme previsto no referido dispositivo constitucional.

O art. 3º da Lei nº 6.938/81 trouxe os conceitos de *poluidor*, *poluição* e *degradação ambiental*, os quais foram recepcionados pela Carta Magna de 1988. Assim reza o referido dispositivo:

> "Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> (...)
>
> II — *degradação da qualidade ambiental,* a alteração adversa das características do meio ambiente;
>
> III — *poluição*, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
>
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

ISSNe 2595-1602

> c) afetem desfavoravelmente a biota;
>
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
>
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;
>
> IV — *poluidor,* a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

Diante de tais conceitos, percebe-se que haverá poluição com a degradação da *qualidade ambiental*. O conceito de qualidade ambiental é dado pelo inciso III, que define o que é poluição ao elencar todos os bens tutelados sob o rótulo de qualidade ambiental: saúde, segurança, bem-estar da população, condições normais das atividades sociais e econômicas, preservação da biota (fauna e flora), manutenção das condições estéticas (paisagem) e sanitárias do próprio meio ambiente, além do respeito pelos padrões ambientais estabelecidos.

Fiorillo (2013, p.64) afirma ainda que o rol trazido pelo art. 3º, III é exemplificativo, embora dificilmente haja alguma atividade poluente não prevista em suas alíneas. Mas, caso aconteça, é possível ao aplicador da norma utilizar o conceito de degradação ambiental, desde que haja uma atividade direta ou indireta que cause alteração adversa da qualidade do meio ambiente, o que fará surgir o dever de reparar o dano ambiental causado.

Além disso, a ocorrência de qualquer uma das hipóteses previstas no dispositivo acima configura a poluição, não reclamando a cumulatividade de situações para que ela ocorra. Basta haver uma atividade que, direta ou indiretamente, degrade a qualidade ambiental. Fiorillo (2013, p.64) então conclui:

> "a única alteração da qualidade ambiental *indenizável* é aquela que resulte de uma degradação da qualidade ambiental (...) *e*, ao mesmo tempo, seja causada por uma atividade direta ou indiretamente praticada por uma pessoa física ou jurídica".

Diante do exposto, pode-se compreender, segundo Thomé (2015, p.587), o termo *responsabilidade* como derivado etimologicamente de *responsável*, originado do latim *responsus*, do verbo *respondere* (responder, pagar), que transmite a ideia de reparar, recuperar, compensar ou pagar pelo que fez. Refere-se ao dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico.

Na Alemanha, de acordo com Neumann (1996, pp.107-108), durante muito tempo a responsabilidade ambiental foi bastante limitada, crescendo graças a dispositivos legais, dispositivos gerais no código civil e leis ambientais especiais que exigem novos pressupostos e impõem novos padrões. De forma geral, estes novos dispositivos, aplicados aos níveis tradicionais de responsabilidade, facilitaram bastante as reivindicações de compensação por danos ambientais.

Tais dispositivos estão contidos, por exemplo, na Lei Federal das Águas (*Wasserhaushaltsgesetz – WHG*), de 1957, que responsabiliza o poluidor se uma descarga de poluentes nas águas causar dano ambiental. E na Lei Federal de Controle de Poluição (*Bundes-Immissionsschutzgesetz – BlmSchG*), de 1974, que visando ao controle da poluição do ar e da poluição sonora, prevê a responsabilidade por danos ambientais causados por emissões de poluentes.

ISSNe 2595-1602

Gonçalves & Rezende (2015, p.50) citam o Código Civil, a Lei de Recursos Hídricos, a Lei da Engenharia Genética, a Lei da Energia Atômica, entre outras, nas quais também está prevista a responsabilidade por danos ambientais.

Além disso, e de acordo com o princípio do poluidor-pagador, afirma Glaser (2011, p.5), as pessoas responsáveis devem pagar pelos danos, conforme a Lei de Responsabilidade Ambiental (*Umwelthaftungsgesetz – UmweltHG),* de 1990, e a Lei de Desastre Ambiental (*Umweltschadensgesetz – UschG*), de 2007. O ônus da prova foi reduzido, a responsabilidade independente de culpa foi normatizada e os danos sobre a biodiversidade devem ser compensados.

Segundo Carvalho (1998, p.222), a lei alemã específica de responsabilidade por danos ambientais é a Lei de Responsabilidade Ambiental (*Umwelthaftungsgesetz – UmweltHG*), de 10 de dezembro de 1990, que aperfeiçoa os tipos legais de responsabilidade, facilita a prova da causalidade, obtém o ressarcimento do dano mais rapidamente e realiza projetos de proteção ambiental.

Hübner (2014, p.4) considera visionário o conceito do então chanceler alemão Konrad Adenauer, em 1978, citando-o: "… a conservação de nosso sistema de suporte vital é parte de uma liberdade responsável. Quem explora hoje em dia de modo irresponsável este sistema e altera as relações ambientais fere a solidariedade entre as gerações". Tal conceito concebe o cuidado do meio ambiente como parte fundamental das estratégias políticas nacionais.

Kloepfer (2010, pp.24-25) sustenta que na Alemanha observa-se uma tendência de ampliação e enrijecimento do direito de responsabilidade ambiental. Persegue-se uma finalização mais rígida do Direito em favor da proteção das bases naturais da vida. O efeito preventivo esperado com esta rigidez trará consequências positivas para a proteção do meio ambiente, sem dispensar os instrumentos legais tradicionais que visam protegê-lo.

Ademais, Neumann (1996, p.110) destaca que quase todas as normas ambientais na Alemanha contêm dispositivos que autorizam o processo por sua violação como ofensa sumária, já que, para o governo e a população, a legislação ambiental é uma prioridade política. O cumprimento das normas é, pois, um dos pontos fortes tradicionais dos alemães.

ISSNe 2595-1602

A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS ESPÉCIES

Segundo Diniz *apud* Carvalho (2016 pp.24-25), *responsabilidade civil* se refere à aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela praticado, por pessoa por quem ela responde, por algo a ela pertencente ou de imposição legal.

Conforme o autor, trata-se de uma doutrina de origem romana, que visa substituir a insegurança material da vida civil pela segurança jurídica, proveniente da força estatal. Em sua concepção original, a responsabilidade civil tinha o mero objetivo de sanar o prejuízo econômico causado ao indivíduo por atos de terceiros.

Entretanto, com a crescente complexidade das relações humanas, tornou-se necessária a divisão de seu estudo em áreas mais específicas, como a

responsabilidade civil ambiental, com suas doutrinas e instrumentos ajustados aos fins de interesse público, quanto à responsabilização por danos causados ao meio ambiente. Portanto, hoje em dia reconhecem-se, além da função reparatória da responsabilidade civil, as funções sancionatória e preventiva.

A responsabilidade civil pode ser de várias espécies, dentre elas, contratual ou extracontratual. Para este estudo, interessa a responsabilidade extracontratual quanto ao fundamento. Assim, esta pode ser subjetiva, quando depende de comprovação da culpa do agente, ou objetiva, quando se baseia na teoria do risco.

RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL:

Para Thomé (2015, pp.588-589), de acordo com a melhor doutrina civilista, a responsabilidade civil pode ser classificada em contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual verifica-se quando o dever de indenizar decorre do inadimplemento de um vínculo obrigacional preexistente (contrato).

No entanto, se o dever de reparação surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que haja qualquer relação jurídica entre o agente e a vítima, a responsabilidade é extracontratual. Neste caso, há uma obrigação imposta, pela lei ou por preceito geral de direito, regulamentando o dever de reparação.

A responsabilidade extracontratual está prevista no art. 927, *caput*, do Código Civil Brasileiro (CC) de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. É classificada em subjetiva ou objetiva.

ISSNe 2595-1602

RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL SUBJETIVA E OBJETIVA:

Segundo Thomé (2015, pp.588-589), a responsabilidade subjetiva é fundada na ideia de culpa (*lato sensu*). O nexo de imputação ao agente é um ato culposo, a título de dolo ou culpa. Seus pressupostos estão previstos nos art. 927 e 186 do Código Civil: 1) ato ilícito (dolo/culpa), 2) dano e 3) nexo causal.

Reza o 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”.

A culpa (*lato sensu*) refere-se a um comportamento contrário ao Direito, seja ele intencional (dolo) ou não (culpa *stricto sensu*). O dano, por sua vez, é o elemento essencial da responsabilização civil, configurando-se com a lesão a um bem protegido pelo ordenamento jurídico. Logo, é impossível haver responsabilidade sem dano. Se não houver dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou dolosa. O nexo causal, por fim, é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano.

Para que a responsabilidade seja atribuída ao agente, deve-se comprovar que ele deu causa ao resultado (dano). Portanto, não basta que o agente tenha praticado um ato ilícito, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. Para isto, deve ser estabelecida a relação causal entre o dano e o ato do agente.

Postula Thomé (2015, p.589) que, em algumas situações, a ideia de culpa tornou-se insuficiente para a efetiva reparação do dano. Com isso, surgiu a teoria objetiva para facilitar a reparação do dano em determinadas situações específicas, tendo por base a ideia de risco da atividade.

Para a responsabilidade objetiva, que é aplicada nos casos de responsabilidade por danos ambientais, não há que se avaliar a existência de dolo ou culpa. Basta que haja os pressupostos: 1) dano e 2) nexo causal, previstos no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Observa-se, portanto, que a regra do Código Civil é a da responsabilidade subjetiva, devendo a vítima provar a culpa do agente (art. 927, *caput*). Quando o objetivo do legislador for aplicar a responsabilidade objetiva, por se tratar de casos excepcionais, deve haver previsão expressa em lei (art. 927, parágrafo único).

Para Thomé (2015, p.590), não há dúvidas de que o direito ambiental brasileiro adota a *responsabilidade civil objetiva*. Fiorillo (2013, p.61) destaca que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei 6.938/81 já previa a responsabilidade objetiva do poluidor-pagador, considerando a importância dos bens tutelados, no art. 14, § 1º. Foi recepcionada pela Lei Maior, tendo como fundamento de validade o art. 225, § 3º, pois este não estabeleceu qualquer critério ou elemento vinculado à culpa como determinante para o dever de reparar o dano ambiental.

Reza o art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81:

> "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

Consagrou-se, portanto, a responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais no Brasil. A adoção pela Carta Magna deste regime jurídico implica a impossibilidade de alteração do mesmo por qualquer lei infraconstitucional.

Conforme Fiorillo (2013, p.60), o princípio do poluidor-pagador, aqui já elucidado, enseja a aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais: 1) responsabilidade civil objetiva, 2) prioridade da reparação específica do dano ambiental e 3) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

No âmbito da teoria da responsabilidade civil, não há como falar em dever de reparar sem a ocorrência de dano. Apesar de a legislação brasileira mencionar o termo "dano ambiental" em vários dispositivos, não há uma definição legal para ele, cabendo à doutrina conceituá-lo. Milaré *apud* Brito & Mastrodi Neto (2016, p.45) assim o define:

> "É dano ambiental toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial) capaz de desencadear, imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis (*in pejus*) ao equilíbrio

ISSNe 2595-1602

> ecológico, à sadia qualidade de vida, ou a quaisquer outros valores coletivos ou de pessoas."

Para Fiorillo (2013, pp.64-65), "haverá dano mesmo que este não derive de um ato ilícito". O autor cita como exemplo a situação de uma empresa X emissora de resíduos dentro do padrão ambiental estabelecido pelo órgão competente. Supondo que os cardumes da região forem contaminados pela referida descarga de dejetos, haverá o dever de indenizar, apesar de a empresa ter agido licitamente. Isto porque, em face da responsabilidade objetiva, basta que se verifique somente o dano (contaminação dos peixes) e o nexo causal (atividade da empresa), para que daí decorra o dever de indenizar.

A responsabilidade civil ambiental está prevista no art. 4º, VII, primeira parte, da Lei nº 6.938/81, que determina: "Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados…".

Para Antunes (2005, p.174), o responsável pelo dano tem o dever de repará-lo o máximo possível. A reparação visa fazer com que o lesado, com o recebimento de uma indenização, seja reconduzido ao *status quo ante*, como se a lesão não houvesse ocorrido. Entretanto, tal concepção é teórica, pois na maioria das vezes é impossível a reconstrução da realidade anterior, como exemplos a extinção de uma espécie animal, a morte de uma pessoa e a destruição de uma obra de valor histórico, artístico ou paisagístico.

Desta forma, segundo Fiorillo (2013, pp.61-62), o ressarcimento do dano ambiental pode ser feito de duas formas: 1) reparação natural, também chamada de específica (*in natura*), ou 2) indenização em dinheiro. Primeiramente deve-se verificar se é possível o retorno ao *status quo ante* por meio da reparação natural. Apenas se for impossível é que deve haver reparação pecuniária, haja vista ser difícil a determinação de um valor a ser ressarcido pelo causador do dano.

Por isso, sempre é preferível a reparação natural para a recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado. Entretanto, ainda que não seja possível uma reparação idêntica, a reparação específica é bem mais vantajosa, para o homem e para o meio ambiente, do que a indenização pecuniária. Esta deve ser pleiteada na total impossibilidade de se obter aquela.

O fundamento da prevalência da reparação *in natura* está no art. 4º, VI, da Lei nº 6.938/81: "A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VI — à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida". Fiorillo (2013, p.62) acrescenta que:

> "A cumulação de pedidos de ressarcimento pelos danos materiais e morais, ou até mesmo uma ação em que sejam pleiteados somente danos morais causados aos usuários do bem ambiental, por violação a este bem, que é de natureza difusa, *não tem o condão de afastar a reparação específica*, porquanto, como bem difuso, ele pertence a toda a coletividade, e a reparação específica faz-se inafastável quando possível".

ISSNe 2595-1602

Assim, o termo "poluidor-pagador" não exige a reparação em pecúnia, visto que o termo *pagador* se refere à reparação específica do dano. Já o termo *poluidor* refere-se ao responsável pelo ressarcimento do dano ambiental.

O art. 225 CF identifica os legitimados passivos em uma ação de responsabilidade civil por dano ambiental, ao preceituar que é dever do Poder Público e da coletividade preservar e defender o meio ambiente. O dispositivo abrange todos (pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado) que de algum modo provocarem danos ambientais.

Portanto, para Fiorillo (2013, p.67), "são legitimados passivos todos aqueles que, de alguma forma, foram os causadores do dano ambiental, sendo certo que a responsabilidade dos causadores é *solidária*".

RESPONSABILIDADE OBJETIVA: RISCO CRIADO E RISCO INTEGRAL:

Segundo Bedran & Mayer (2013, p.53), o Direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência adotam, no sistema de responsabilização do dano ambiental, a teoria da responsabilidade objetiva sob duas vertentes: 1) as que admitem excludentes de responsabilidade (Teoria do Risco Administrativo, do Risco Criado ou do Risco-Atividade), e 2) as que não admitem excludentes (Teoria do Risco Integral).

A Teoria do Risco Criado fundamenta-se na sociedade contemporânea de risco, em que as atividades desenvolvidas, perigosas ou outras quaisquer, podem levar à responsabilização se causarem danos. Conforme Thomé (2015, p.597), esta teoria, embora dispense a prova de culpa da administração (pois é objetiva), admite que a responsabilidade seja afastada nos casos de excludentes do nexo causal (fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro).

Thomé (2015, pp.591-592) afirma que o posicionamento majoritário da jurisprudência e da doutrina jurídico-ambiental no Brasil é que, nos casos de danos ambientais, aplica-se a Teoria do Risco Integral.

Trata-se de uma responsabilidade objetiva severa, que não admite a existência de excludentes do nexo causal, havendo o dever de indenizar mesmo nestas hipóteses. Devido ao seu rigor extremo, o Direito brasileiro adotou esta teoria em casos excepcionais, como nos danos ambientais ou nucleares, fundando-se na ideia de que o poluidor deve assumir todos os riscos inerentes à atividade que pratica, sem exceção. É o que afirma o art. 23, XXIII, d, CF: "a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa".

De acordo com Antunes (2005, p.175), nem todos os países adotam o sistema de responsabilidade objetiva em matéria ambiental. Neste caso, a legislação brasileira está mais adiantada do que a de diversos países europeus, nos quais a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente está fundada na culpa, sendo, portanto, subjetiva. A apuração da culpa, em cada caso concreto, é um procedimento bastante árduo, mais ainda quando se trata de culpa por omissão.

Na Alemanha, a responsabilidade civil ambiental é regida por duas normas principais: o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) e a Lei Federal

ISSNe 2595-1602

de Responsabilidade Civil Ambiental (*Umwelthaftungsgesetz – UmweltHG*). A seguir, analisar-se-á a teoria de responsabilidade adotada pela legislação alemã.

O CÓDIGO CIVIL ALEMÃO:

O Código Civil Alemão, de 1896, trata da responsabilidade civil nos artigos 823 a 851. Os art. 823 e 826 trazem as normas gerais da responsabilidade civil. Esta se encontra prevista no art. 823, cujo inciso I definiu como regra a responsabilidade subjetiva, sendo responsável pela reparação aquele que agiu de forma intencional ou negligente, isto é, com dolo ou culpa. No inciso II do mesmo artigo, está prevista a responsabilidade objetiva como exceção, podendo haver responsabilidade civil sem culpa quando houver previsão legal expressa.

Para Araújo (2018, p.50), neste aspecto a legislação alemã é assaz semelhante à brasileira, havendo similaridade entre o art. 927 CC e o art. 823 BGB. Eis os artigos 823 e 826 BGB:

> "Artigo 823
>
> Responsabilidade por danos
>
> (1) Uma pessoa que, intencionalmente ou negligentemente, prejudicar ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outrem será responsável por compensar a outra parte pelos danos decorrentes desta ação.
>
> (2) O mesmo dever tem a pessoa que violar uma lei que se destina a proteger outrem. Se, de acordo com a lei, ela puder ser violada sem culpa, então a responsabilidade pela compensação existirá em caso de falha.
>
> (…)
>
> Artigo 826
>
> Dano intencional contra a ordem pública
>
> Uma pessoa que, contrariando a ordem pública, intencionalmente causar dano a outrem, será responsável pela reparação do prejuízo."

Gonçalves & Rezende (2015, pp.50-51) destacam que o *BGB* expressamente determina, no art. 823, os direitos protegidos pelo instituto da responsabilidade civil: vida, corpo, saúde, liberdade, propriedade ou outro direito individual. Se violados, estarão sujeitos à responsabilização de quem lhe deu causa. Os autores citam Frazão, que elucida: "Diante deste quadro normativo, é fácil compreender porque o modelo alemão ficou conhecido pela peculiaridade de especificar os interesses protegidos pelas normas de responsabilidade civil".

O art. 826, por sua vez, impõe responsabilidade à pessoa que, de modo contrário à ordem pública, ocasione intencionalmente danos a terceiros. Trata-se de uma cláusula residual, que permite a responsabilização em hipóteses que não encontrem amparo no art. 823.

A responsabilidade objetiva é a exceção no direito alemão. Segundo Aguiar *apud* Gonçalves & Rezende (2015, p.51), ela só será admitida mediante norma positivada. Quanto a isto também há semelhança com o art. 927 CC, já que a norma

ISSNe 2595-1602

brasileira também prevê a responsabilidade objetiva, nas hipóteses expressamente previstas em lei.

O art. 906 BGB determina que o vizinho prejudicado com gases, vapor, odores, fumaça, fuligem, calor, ruído, vibrações e influências semelhantes poderá exigir indenização em dinheiro, quando as perturbações não puderem ser evitadas e impedirem o uso comum do imóvel. Entretanto, esta norma exclui a possibilidade de indenização se a atividade causadora do incômodo for comum no local. Encontra-se mais uma semelhança entre o ordenamento brasileiro e o alemão ao analisar o art. 1.277 CC, que traz determinação semelhante. Rezam os art. 906 BGB e 1.277 CC:

> "Art. 906 BGB
>
> Introdução de substâncias imponderáveis
>
> (1) O proprietário de terras não poderá proibir a introdução de gases, vapor, odores, fumaça, fuligem, calor, ruído, vibrações e influências emanadas de outra propriedade, se a influência não interferir no uso de sua propriedade ou interferir de forma insignificante. Uma interferência significante é aquela que obedece aos limites legais (…).
>
> (2) O mesmo se aplica quando a interferência for causada pelo uso habitual da propriedade na região, não podendo ser evitada através de medidas financeiramente razoáveis. Se o proprietário for obrigado a tolerar uma influência nestas disposições, ele poderá exigir do causador uma compensação razoável em dinheiro, se a influência prejudicar o uso habitual de sua propriedade ou a sua renda além do ponto que se espera ser tolerável pelo proprietário."
>
> "Art. 1.277 CC: 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."

Araújo (2018, p.51) afirma que a Alemanha, ao contrário do Brasil, não adota o modelo de responsabilidade civil integral para os danos ambientais, o que pode ser inferido do teor do art. 823, II, BGB. A legislação alemã aceita a existência das seguintes hipóteses de exclusão de responsabilidade: danos causados por força maior; danos não substanciais de acordo com as peculiaridades locais, desde que o empreendimento esteja desenvolvendo suas atividades adequadamente; e danos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei Federal de Responsabilidade Civil Ambiental (*Umwelthaftungsgesetz – UmweltHG*).

A LEI FEDERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL:

A Lei Federal de Responsabilidade Civil Ambiental (*Umwelthaftungsgesetz – UmweltHG*), de 10 de dezembro de 1990, disciplina a responsabilização civil por danos ambientais na Alemanha. Segundo Araújo (2018, pp.50-52), no Brasil, esta responsabilidade não está prevista em normas específicas como na Alemanha, encontrando previsão somente na Constituição Federal de 1988 e na Lei 6.938/81.

Esta lei alemã inovou e instituiu a responsabilidade objetiva para os danos ambientais, sujeitando, entretanto, somente os poluidores que exercem as atividades listadas em seus anexos. De acordo com Krell *apud* Araújo (2018, p.50),

ISSNe 2595-1602

"a lei estabelece uma presunção de causalidade entre determinadas atividades poluidoras e o dano".

A *UmweltHG*, no art. 4º, adotou a Teoria do Risco Criado para fins de responsabilização civil ambiental, prevendo a possibilidade de se afastar a responsabilidade do agente pela reparação do dano ambiental, pois as excludentes de responsabilidade seriam causas suficientes para romper o nexo causal. Pela Teoria do Risco Criado, aquele que, em razão de atividade ou profissão, criar um risco, estará sujeito à reparação do dano que ocasionar, salvo se comprovar haver adotado todas as medidas idôneas de modo a evitá-lo. O art. 4ª determina que "não haverá responsabilidade por danos se forem causados por força maior".

Steigleder *apud* Araújo (2018, p.52) aduz:

> "o dano ambiental na Alemanha somente é reparável quando afetar pessoas identificáveis e seu patrimônio, atingindo os direitos fundamentais como o direito à vida, à integridade física e a garantia constitucional da propriedade. Trata-se de uma visão privatística e patrimonialista do bem ambiental. O dano só será reparado se a vítima individual lesada ajuizar uma ação de ressarcimento, sendo que a indenização pelos danos ambientais destina-se a pessoas certas e identificáveis, até porque não existe a figura do dano coletivo ambiental na legislação alemã".

Já o art. 11 prevê a hipótese de negligência contributiva. No caso de uma falha da parte prejudicada haver contribuído para a ocorrência do dano ambiental, aplicar-se-á o art. 254 BGB, segundo o qual a responsabilidade pelo dano e a quantia a ser ressarcida dependem das circunstâncias, especialmente da análise da parcela de culpa de cada parte para a ocorrência do dano. O art. 11 da *UmweltHG*, portanto, admite a culpa da vítima como excludente de responsabilidade.

Assim rezam os art. 11 *UmweltHG* e 254 BGB:

> "Artigo 11
>
> Negligência contributiva
>
> Se uma falha da parte prejudicada contribuir com a ocorrência do dano, aplicar-se-á o art. 254 do Código Civil Alemão. Em caso de dano à propriedade, a falha da pessoa que exercer o controle real sobre a propriedade será considerada igual à falha da pessoa prejudicada".
>
> "Artigo 254
>
> Negligência contributiva
>
> (1) Se uma falha da pessoa prejudicada contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelo dano e a extensão da reparação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular sobre até que ponto o dano é causado principalmente por uma parte ou outra.
>
> (2) Isto também se aplica à falha da pessoa prejudicada de não chamar a atenção do obrigado para o perigo de dano incomum extenso, do qual o obrigado não sabia ou não deveria estar ciente do perigo, ou falhou em evitar ou reduzir o dano."

Outra diferença entre o instituto da responsabilidade civil ambiental na Alemanha em relação ao do Brasil está presente no art. 5º da *UmweltHG*, que afirma não existir obrigação de reparar se o dano for insignificante ou aceitável para as condições locais, desde que o empreendimento esteja sendo realizado dentro das

ISSNe 2595-1602

normas. Neste sentido, o art. 6º da *UmweltHG* estabelece que se o empreendimento for apto a, conforme as circunstâncias do evento, causar os danos verificados, presume-se tê-los causado, mas tal presunção não se verifica quando o empreendimento funcionar dentro das normas. Seguem os art. 5º e 6º:

> "Artigo 5º
>
> Limitação de responsabilidade por dano à propriedade
>
> "Se o empreendimento estiver funcionando de acordo com as normas (art. 6º, § 2º), a obrigação de pagar a compensação pelo dano à propriedade será excluída se esta for prejudicada insignificantemente ou a uma extensão razoavelmente esperada sob as condições locais."
>
> "Artigo 6º
>
> (1) Se um empreendimento for suscetível de causar o dano que ocorreu com base nos fatos determinados do caso individual, presume-se que o dano foi causado por este empreendimento. A probabilidade no caso individual deve ser avaliada com base nos procedimentos operacionais, nas instalações utilizadas, no tipo e na concentração de substâncias empregadas e liberadas, nos fatores meteorológicos, no tempo e no local em que o dano ocorreu e no tipo de dano, bem como em todos os outros fatos determinados que respondam a favor ou contra a causa do dano no caso individual.
>
> (2) O parágrafo 1 não deve ser aplicado se o empreendimento estiver operando de acordo com seu uso pretendido. A operação de acordo com o uso pretendido considerar-se-á existente se as obrigações operacionais específicas houverem sido observadas e não tenha havido interrupção das operações.
>
> (3) Obrigações operacionais específicas são obrigações derivadas de permissões administrativas, requerimentos, ordens executáveis e disposições legais, na medida em que elas visam prevenir impactos ambientais que possam causar danos.
>
> (4) Se houver controles obrigatórios para monitorar uma obrigação operacional específica derivada de permissões, requerimentos, ordens executáveis ou disposições legais, a observância a esta obrigação operacional será presumida se
>
> 1. os controles foram realizados durante o período em que o impacto ambiental em questão possa ter sido causado pelo empreendimento, e estes controles não forneceram evidência de uma contravenção da obrigação operacional, ou
>
> 2. o impacto ambiental em questão ocorreu mais de dez anos antes de a reclamação por danos ser reivindicada."

Por sua vez, o Direito brasileiro não questiona a licitude da atividade, já que, conforme visto, a existência de licença ambiental válida, a observância de normas específicas, o respeito aos limites de emissão de poluentes, as autorizações administrativas, bem como outros requisitos, não possuem o condão de afastar a responsabilidade civil pela reparação.

Portanto, na Alemanha as externalidades negativas da sociedade de risco são excludentes de responsabilidade, ao contrário do Brasil, que não admite tais excludentes (BEDRAN & MAYER, 2015, p.65).

ISSNe 2595-1602

Araújo (2018, p.52) acrescenta ainda que o art. 15 da *UmweltHG* estabelece um limite máximo de valor para reparação do dano, podendo chegar até 85 milhões de euros para danos materiais, e o mesmo limite para reparação por morte, lesão corporal e danos à saúde. O art. 15 determina que:

> "Artigo 15
>
> Valor máximo de compensação
>
> Em caso de morte, lesão corporal ou à saúde de alguém, a parte responsável por ressarcir os danos deverá ser responsável por um valor máximo de até 85 milhões de euros, da mesma forma por danos à propriedade, em que incidirá o mesmo limite, na medida em que o dano houver sido causado por um único impacto ambiental. Se vários danos, a serem pagos por conta de um único impacto ambiental, excederem o respectivo valor máximo especificado, a compensação individual deverá ser reduzida proporcionalmente ao total concedido."

Conforme Araújo (2018, pp.50-51), os proprietários de empreendimentos cujas atividades estejam listadas nos anexos 1 e 2 da *UmweltHG* devem possuir segurança financeira bastante para cobrir os prejuízos de uma reparação por eventuais danos decorrentes de um impacto ambiental. A planta industrial só funcionará se o empreendedor comprovar ter segurança financeira ou um seguro para cobrir os danos.

Os empreendedores contratam um seguro para se precaverem em relação à possibilidade de ocorrência de acidentes, com a neutralização ou mitigação dos riscos. A autora ressalta que o seguro de responsabilidade civil não se trata de um seguro ambiental, tendo em vista que seu objetivo é ressarcir danos causados a particulares, e não ao meio ambiente.

Segundo Carvalho (1998, p.222), os pressupostos para a responsabilidade ambiental são que a atividade danosa esteja elencada no Anexo 1 da *UmweltHG*, que a agressão ao meio ambiente seja proveniente destes empreendimentos e que haja uma relação causal entre o fato danoso e a lesão ambiental.

O Anexo 1 consiste num rol de quase 100 dispositivos, que regulamentam as operações legalmente permitidas em empreendimentos, as quais são determinadas por licenças administrativas, condições, ordens executáveis e disposições legais. Os dispositivos versam sobre geração de calor, mineração e energia; produtos químicos, produtos farmacêuticos, refino de óleo mineral e processamento adicional; resíduos, dentre outras atividades. O Anexo 2, por sua vez, enumera empreendimentos especificamente perigosos, os quais são obrigados a tomar precauções de segurança, como obter um seguro de responsabilidade civil.

Para Neumann (1996, p.108), desde que entrou em vigor em 1991, a *UmweltHG* alterou substancialmente a situação legal do Direito Ambiental alemão, pois prevê a responsabilidade específica de proprietários e operadores de numerosos tipos de instalações e empreendimentos econômicos, listados no Anexo 1 da referida lei, para cujo funcionamento é exigida uma permissão da Lei Federal de Controle de Poluição (*BImSchG*).

Com maior alcance do que as tradicionais fontes legais de responsabilidade, a *UmweltHG* se aplica a danos ambientais provocados pelas instalações e

ISSNe 2595-1602

empreendimentos nela contidos, não somente pelos que estão atualmente operantes, mas também por aqueles que estão desativados ou ainda não entraram em funcionamento.

Para Krell *apud* Araújo (2018, pp.52-53), a Lei Alemã de Responsabilidade Civil Ambiental "tem por objetivo melhorar a situação jurídica de pessoas que sofreram um dano individual em virtude de poluição ambiental". No entanto, o meio ambiente por si só não é objeto de proteção jurídica civil no sistema germânico. No âmbito civil, o cumprimento das leis ambientais pode ser reivindicado apenas por meio de outros direitos fundamentais individuais. Ao contrário do Brasil, o direito ao meio ambiente equilibrado na Alemanha é protegido diretamente apenas por parte dos órgãos administrativos, e em menor grau, pelo direito penal.

O CASO MARIANA – SAMARCO – BRASIL

No dia 5 de novembro de 2015, a barragem de Fundão, localizada no distrito de Bento Rodrigues, pertencente ao município de Mariana, Minas Gerais (MG), Brasil, foi alvo de um rompimento, acarretando o transbordamento da barragem de Santarém (BELCHIOR & PRIMO, 2016, p.11).

O resultado foi o derramamento de cerca de 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração no vale do rio Roce (SALINAS, 2016, p.1). Ambas as barragens são de propriedade da Samarco Mineração S.A., empresa brasileira de mineração, controlada pela sociedade empresária brasileira Vale S.A. e pela anglo-australiana BHP Billiton Brasil LTDA. (JACULI, 2017, p.37).

Segundo Carvalho (2016, p.11), barragens são estruturas de terra, construídas para armazenar resíduos de mineração, os quais são restos não aproveitáveis resultantes do beneficiamento de minérios, em um processo mecânico e/ou químico que divide o mineral bruto em concentrado e rejeito.

Nestes locais, realizam-se contenção, armazenagem e tratamento dos rejeitos sólidos e líquidos oriundos das minas exploradas pela empresa em todo o estado de MG. Com o rompimento da barragem, despejou-se um grande volume de lama tóxica sobre o município de Mariana e seus vizinhos próximos, poluindo com metais pesados (ferro, manganês, chumbo, entre outros) diversos rios e córregos locais.

O Laudo Técnico Preliminar do IBAMA sobre os impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão (2015, pp.4-5), concluído em 26 de novembro de 2015, constatou os seguintes prejuízos:

> "− mortes de trabalhadores da empresa e moradores das comunidades afetadas, sendo que alguns ainda restam desaparecidos;
>
> − desalojamento de populações;
>
> − devastação de localidades e a consequente desagregação dos vínculos sociais das comunidades;
>
> − destruição de estruturas públicas e privadas (edificações, pontes, ruas etc.);
>
> − destruição de áreas agrícolas e pastos, com perdas de receitas econômicas;

ISSNe 2595-1602

− interrupção da geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas (Candonga, Aimorés e Mascarenhas);

− destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa de Mata Atlântica;

− mortandade de biodiversidade aquática e fauna terrestre;

− assoreamento de cursos d´água;

− interrupção do abastecimento de água;

− interrupção da pesca por tempo indeterminado;

− interrupção do turismo;

− perda e fragmentação de habitats;

− restrição ou enfraquecimento dos serviços ambientais dos ecossistemas;

− alteração dos padrões de qualidade da água doce, salobra e salgada;

− sensação de perigo e desamparo na população."

De acordo com Jaculi (2017, pp.27-30), o rompimento da barragem do Fundão causou danos irreparáveis nos Rios Gualaxo do Norte e do Carmo, alastrando-se até o Rio Doce, em toda sua extensão. As mediações do Rio Piracicaba ficaram cobertas de lama, inviabilizando a área para atividade agrícola, pecuária e afins, além de ter destruído o vilarejo de Bento Rodrigues.

A lama aumentou a densidade da água e impediu a passagem da luz solar, inibindo a oxigenação e inviabilizando a vida nos rios afetados, inclusive alcançando áreas mais afastadas, como o município de Governador Valadares e o estado do Espírito Santo (ES). O grande aumento dos níveis de metais pesados causou a morte de vários seres vivos e inutilizou a água para o consumo humano.

A lama chegou também ao Oceano Atlântico, avançando 200 quilômetros (km) adentro e contaminando os peixes, tornando-os impróprios para o consumo humano. Um juiz da comarca do ES expediu uma liminar proibindo a pesca nestas regiões, deixando vários pescadores desempregados. Belchior, Braga & Themudo (2017, p.116) acrescentam que a lama se espalhou por mais de 30 km das margens do vale do rio Doce, chegando também ao estado do Rio de Janeiro.

O Laudo Técnico Preliminar do IBAMA (2015, p.15) certificou que 19 pessoas morreram no incidente, dentre elas trabalhadores da própria empresa e moradores do vilarejo. Estima-se que uma área aproximada de 1.500 hectares de fauna e flora foi devastada, e algumas espécies em extinção de animais nativos da região desapareceram. Foram quase 700 km de corpos hídricos impactados em 39 municípios, dos quais 35 em MG e quatro no ES.

Segundo Salinas (2016, pp.26-28), o abastecimento de água em várias cidades teve que ser interrompido por alguns dias, afetando uma população estimada de 424 mil pessoas. Comunidades indígenas, como os índios Krenak, que viviam em reservas à beira do rio Doce tiveram que ser removidas da região devido à contaminação. Os impactos gerados foram, portanto, multifacetários: danos ambientais, econômicos e sociais causaram "desemprego, mortes, rompimento de laços afetivos, destruição de patrimônio histórico, degradação do meio ambiente, destruição dos meios de subsistência locais, dentre outros".

ISSNe 2595-1602

Salinas (2016, pp.29-31) enumera os impactos ambientais, econômicos, humanos e sociais causados pela tragédia. Os principais impactos ambientais foram: degradação da qualidade da água nos rios afetados e da qualidade do solo, destruição de vegetação natural e de áreas de preservação permanente, assoreamento e alterações dos corpos hídricos atingidos, morte da fauna aquática e terrestre, e perturbações do equilíbrio dos ecossistemas aquáticos.

Os impactos econômicos incluíram a interrupção da produção minerária, perda da arrecadação tributária, aumento de custos de serviços públicos emergenciais, prejuízos à produção de energia das hidrelétricas, danos a estabelecimentos comerciais, propriedades rurais, infraestruturas públicas e privadas, prejuízos às indústrias, comprometimento da pesca, da atividade agropecuária e do turismo, e desemprego causado pela paralisação das atividades da Samarco, totalizando um prejuízo estimado de centenas de milhões de reais.

Os danos humanos e sociais incluem perdas de vidas, pessoas feridas, afetadas psicologicamente, desabrigadas e desalojadas, interrupção de serviços de saúde, de segurança pública e de ensino, perda de patrimônio histórico, cultural e do referencial cultural, além do impacto na reprodução social dos índios Krenak.

De acordo com Salinas (2016, pp.6-7), o subdistrito de Bento Rodrigues foi fundado em 1698, um importante centro de mineração da época, além de ter feito parte da rota da Estrada Real nos séculos XVII e XVIII. Possuía um notável patrimônio cultural e arquitetônico: igrejas centenárias, obras sacras importantes e monumentos de relevância cultural, reconhecidos pelo Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) como patrimônio cultural nacional, o que ampliou o turismo na região. Porém, o desastre destruiu todo o subdistrito, e seus 600 moradores tiveram que ser realocados temporariamente em Mariana.

São evidentes as proporções gigantescas dos problemas causados pelo rompimento da barragem do Fundão em Mariana, o que fez com que esta tragédia fosse considerada pelos especialistas (até então), o maior desastre ambiental do Brasil (BRITO & MASTRODI NETO, 2016, p.44). Um fatídico episódio, de ampla cobertura e repercussão na imprensa local, nacional e mundial.

Desde então, diversas medidas judiciais e extrajudiciais têm sido adotadas por autoridades federais e estaduais, visando responsabilizar a Samarco e suas controladoras, bem como reparar os inúmeros prejuízos causados ao meio ambiente e às vítimas afetadas (BELCHIOR & PRIMO, 2016, p.11).

A RESPONSABILIDADE DA SAMARCO:

Várias pessoas físicas e jurídicas dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo impetraram ações na justiça contra a Samarco e suas controladoras Vale e BHP (BELCHIOR, BRAGA & THEMUDO, 2017, p.115).

Em dezembro de 2015, diversos órgãos públicos da União e dos Estados de MG e do ES propuseram a Ação Civil Pública (ACP) nº 0069758-61.2015.4.01.3400 contra as empresas Samarco, Vale e BHP. A ação foi ajuizada na 3º Vara Federal

ISSNe 2595-1602

do Distrito Federal e posteriormente remetida à 12ª Vara Federal do Estado de MG por declínio de competência (SALINAS, 2016, p.36).

A referida ACP elencou as principais repercussões do acidente, que são, conforme Carvalho (2016, pp.13-14):

> "a) Destruição de habitat e extermínio da ictiofauna em toda a extensão dos rios Gualaxo, Carmo e Doce, perfazendo 680 km de rios;
>
> b) Contaminação da água dos rios atingidos com lama de rejeitos de minério;
>
> c) Suspensão do abastecimento público nas principais cidades banhadas pelo Rio Doce;
>
> d) Suspensão das captações de água para atividades econômicas, propriedades rurais e pequenas comunidades;
>
> e) Assoreamento do leito dos rios e dos reservatórios das barragens de geração de energia;
>
> f) Soterramento das lagoas e nascentes adjacentes ao leito dos rios;
>
> g) Destruição da vegetação ripária e aquática;
>
> h) Interrupção da conexão com tributários e lagoas marginais;
>
> i) Alteração do fluxo hídrico;
>
> j) Impacto sobre estuários e manguezais na foz do Rio Doce;
>
> k) Destruição de áreas de reprodução de peixes;
>
> l) Destruição das áreas "berçários" de reposição da ictiofauna (áreas de alimentação de larvas e juvenis);
>
> m) Alteração e empobrecimento da cadeia trófica em toda a extensão do dano;
>
> n) Interrupção do fluxo gênico de espécies entre corpos d'água;
>
> o) Perda de espécies com especificidade de habitat (corredeiras, locas, poços, remansos, etc);
>
> p) Mortandade de espécimes em toda a cadeia trófica;
>
> q) Piora no estado de conservação de espécies já listadas como ameaçadas e ingresso de novas espécies no rol de ameaçadas;
>
> r) Comprometimento da estrutura e função dos ecossistemas aquáticos e terrestres associados;
>
> s) Comprometimento do estoque pesqueiro – impacto sobre a pesca;
>
> t) Impacto no modo de vida e nos valores étnicos e culturais de povos indígenas e populações tradicionais;
>
> u) Impactos ambientais sobre sítio catalogado pela Convenção Ramsar (Parque Estadual Rio Doce)."

Carvalho (2016, pp.14-15) afirma que os danos causados atingem duas esferas distintas de direitos: os direitos difusos, quanto à preservação do meio ambiente, da fauna e da flora locais; e os direitos individuais, quanto à restrição de acesso às águas dos rios atingidos, destruição de sistemas de iluminação, transporte e saneamento básico, desalojamento de populações urbanas, rurais e de povoados indígenas, impossibilidade do exercício da pesca e da agropecuária, etc.

ISSNe 2595-1602

Segundo Salinas (2016, pp.36-37), os 12 autores desta ACP são: União, Estado de MG, Instituto Mineiro de Gestão das Águas, Estado do ES, Fundação Estadual do Meio Ambiente, Agência Nacional de Águas, Instituto Estadual de Florestas, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, Departamento Nacional de Produção Mineral, Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, IBAMA e Agência Estadual de Recursos Hídricos, os quais pleitearam:

- A condenação da empresa Samarco e de suas controladoras ao pagamento de mais de 20 bilhões de reais, a serem desembolsados num período de 10 anos, para custear medidas reparatórias, compensatórias e indenizatórias;
- A adoção pela Samarco de medidas de urgência, a fim de impedir o agravamento dos danos provocados pelo desastre, sob pena de multa diária de 100 mil reais para cada obrigação não cumprida;
- O provisionamento anual do capital da Samarco para reparação dos danos provocados pelo desastre, de 20% de seu faturamento ou 50% de seu lucro líquido, o que fosse maior (caso não fosse possível acumular esta quantia anual, as controladoras Vale e BHP deveriam arcar com estes custos na proporção de sua participação acionária);
- A responsabilização das empresas controladoras Vale e BHP sob alegação de que estas seriam consideradas, pela legislação ambiental brasileira, poluidoras indiretas e, portanto, corresponsáveis pelos danos ambientais, com base no art. 3º, IV da Lei 6.938/81;
- A desconsideração da pessoa jurídica da Samarco e a responsabilização de suas acionistas, caso houvesse obstáculos ao ressarcimento dos prejuízos causados pelo desastre, com fulcro no art. 4º da Lei 9.605/98;
- Caracterização da Vale como poluidora direta, por ter celebrado contrato com a Samarco em que esta permitia àquela despejar rejeitos (lama) de seu empreendimento (complexo Alegria) na barragem do Fundão.

Em 18 de dezembro de 2015, recebida a ação, o juiz da 12ª Vara da Justiça Federal (JF) de MG proferiu decisão liminar determinando várias medidas cautelares, dentre elas a suspensão de licenças e concessões de exploração de atividade minerária da Samarco, além do depósito judicial de dois bilhões de reais para cobrir futuras ações reparatórias.

Em maio de 2016, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ACP contra 21 réus, entre eles as empresas Samarco, Vale e BHP e entes públicos como a União, os estados de MG e do ES e órgãos ambientais. Esta ação tem como valor da causa de 155 bilhões de reais, pedindo a responsabilização destes órgãos pelos prejuízos causados pelo desastre. Após despacho, a juíza excluiu o estado do ES e diversas autarquias federais e estaduais do polo passivo da ação, por entender não haver:

> "um mínimo de nexo causal entre a atividade ou omissão estatal e o dano, não havendo justificativa para a inclusão desta vasta lista de pessoas jurídicas de direito público, o que causará apenas atraso e tumulto no deslinde do feito, que já conta com mais de 11 mil páginas".

Cahali *apud* Carvalho (2016, pp.34-35) adota a teoria de que, tratando-se de concessão de serviço público, com base no disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, "o Poder Público concedente responde objetivamente pelos

ISSNe 2595-1602

danos causados pelas empresas concessionárias, em razão da presumida falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades".

Além disso, o art. 225 da Constituição Federal determina o dever do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. No caso concreto, a ausência de fiscalização sobre as atividades de mineração e de contenção de rejeitos da barragem do Fundão trouxe prejuízos aos direitos individuais e coletivos das populações ribeirinhas, à ordem pública e ao bem-estar social, sendo inadmissível a transferência plena da responsabilidade para a iniciativa privada. Para o autor, pois, é razoável a responsabilização solidária entre os entes públicos envolvidos e sua concessionária Samarco S.A., a menos que se comprove serem os danos específicos de autoria exclusiva de uma parte ou de outra.

Salinas (2016, p.38) afirma que, além destas e de outras ACPs, a Samarco e suas controladoras enfrentam ainda outros processos civis, penais e administrativos nos âmbitos municipal, estadual e federal.

NA ESFERA CIVIL:

Segundo Brito & Mastrodi Neto (2016, p.53), na esfera civil, os danos ambientais foram comprovados pelos relatórios técnicos do IBAMA, e foi identificado o nexo causal entre a conduta da Samarco (proprietária das barragens de onde os rejeitos foram lançados) e os danos ambientais causados. Como a responsabilidade é objetiva e não admite excludentes, incumbe à causadora dos danos o dever de reparação, e para tal, propôs a celebração de um acordo.

Desta forma, conforme Salinas (2016, p.40), várias entidades governamentais celebraram acordo com a Samarco e suas controladoras, a fim de fixar medidas de curto, médio e longo prazo de reparação, compensação e remediação dos danos ambientais e socioeconômicos provocados pelo desastre.

Este acordo foi celebrado como Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), visando dar fim à ACP de 20 bilhões de reais que tramitava perante a 12ª Vara da JF-MG. O TAC estabeleceu 14 programas socioeconômicos e 11 programas socioambientais a serem executados, no prazo de 15 anos, por uma Fundação de Direito Privado instituída e mantida pela Samarco, Vale e BHP, a qual foi devidamente constituída, denominando-se Fundação Renova.

O TAC foi assinado em 2 de março de 2016, apenas três meses após a data da propositura da ACP em 30 de novembro de 2015, tempo no qual foram feitas as negociações acerca dos termos previstos no TAC. Considerando que este prazo não seria suficiente para precisar a real dimensão dos danos ambientais e socioeconômicos produzidos pelo desastre, as partes signatárias optaram por redigir um TAC com cláusulas genéricas e indeterminadas.

A Samarco, na assinatura do TAC, se comprometeu a garantir a recuperação de 42 mil hectares de áreas de preservação degradadas e cinco mil nascentes na bacia do rio Doce. Entretanto, tal assinatura não eximiu a mineradora e seus funcionários das responsabilidades civil, penal e administrativa pelos danos ambientais causados (BRITO & MASTRODI NETO, 2016, p.44). A empresa também

ISSNe 2595-1602

se comprometeu a adotar medidas nas áreas de saúde, educação, cultura, infraestrutura e lazer para a população da tragédia, totalizando a quantia de três bilhões e 600 milhões de reais (BELCHIOR, BRAGA & THEMUDO, 2017, p.115).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) homologou o TAC em 5 de maio de 2016. Entretanto, o MPF, em ação que visou impugnar o acordo, argumentou que este órgão não teria competência para proferir tal decisão, cuja competência seria do foro de origem: da 12ª Vara da JF-MG (SALINAS, 2016, p.40). Alegou também, segundo Penna & Rezende (2018, pp.77-78), que não foi utilizado um critério objetivo para fixar o valor da reparação dos impactos ambientais.

Assim, conforme Salinas (2016, pp.43-44), a decisão de homologação do acordo foi suspensa em caráter liminar por uma ministra do STJ, em 30 de junho de 2016, deferindo reclamação do MPF e analisando questões de mérito, tais como a legitimidade de um acordo que foi formulado sem a oitiva das principais partes interessadas, argumentando que:

> "Diante da extensão dos danos decorrentes do desastre ocorrido em Mariana/MG, seria rigorosamente recomendável o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia, por meio da realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos, a exemplo das autoridades municipais."

Em 18 de agosto de 2016, a 5ª turma do TRF-1 confirmou decisão liminar do STF e anulou a homologação do TAC. Apesar disto, outras ACPs foram ajuizadas a fim de ampliar a responsabilidade civil da empresa. E os programas e projetos previstos no acordo, que permanece válido entre as partes, principalmente os de caráter emergencial, estão sendo executados pela Samarco.

Salinas (2016, pp.40-43) relata que, mesmo com a ausência de um diagnóstico prévio capaz de oferecer informações seguras e detalhadas que subsidiassem as medidas de reparação, compensação e indenização a serem adotadas, o TAC estabeleceu limites anuais para a alocação de recursos em medidas compensatórias, ainda que os recursos sejam insuficientes para a reparação dos danos e independentemente das reais necessidades de reparação.

O acordo limita a responsabilidade da Samarco sem que haja conhecimento real dos danos efetivos e potenciais provocados pelo desastre, o que, segundo o MPF, é uma das principais deficiências do TAC. Para o MPF, o acordo "prioriza a proteção do patrimônio das empresas em detrimento da proteção das populações afetadas e do meio ambiente". O promotor Carlos Eduardo Ferreira Pinto relata:

> "No ponto de vista jurídico é inacreditável o que esse acordo deixou. Limitando a atuação, fazendo negociação com direitos indisponíveis, tratando atingidos de maneira isolada… é inacreditável. O acordo foi muito interessante para as empresas. Tanto que em uma reunião com as empresas, a gente conversando sobre o acordo… um dos advogados falou assim: 'Uai, doutor, a gente apresentou a proposta. Eles aceitaram e nós assinamos.' Então, a União e os Estados fizeram isso com uma lógica muito mais de retomada de atividade da Samarco."

As partes signatárias do TAC são as mesmas que propuseram uma das ACPs ajuizadas perante a 12ª Vara da JF-MG. Não participaram deste acordo importantes

ISSNe 2595-1602

órgãos legitimados, como o Ministério Público Estadual (MPE) de MG e o MPF, tampouco os 39 municípios atingidos pelo desastre. A não representação dos municípios atingidos no acordo foi alvo de críticas de um desembargador do Tribunal de Justiça de MG:

> "… os mais atingidos, e que não estão no ACORDO (Municípios e população), estão tendo seus direitos decididos por Terceiros, ao que parece, desautorizados para tanto. (…) Nesse mesmo passo, também não está demonstrada a inclusão de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na formatação do ajuste em comento, o que indica a ausência de adequado debate para o desenlace convencionado do litígio, justamente entre aqueles atores mais próximos e, portanto, mais sensíveis aos efeitos da referida tragédia."

Os desabrigados ainda estão sobrevivendo com o auxílio financeiro da mineradora, morando em casas alugadas, recebendo um salário-mínimo por família, acrescido de 20% para cada dependente, além de uma cesta básica. A Samarco se comprometeu a reparar os danos ambientais, e até março de 2019, construir um novo distrito de Bento Rodrigues (BELCHIOR, BRAGA & THEMUDO, 2017, p. 115).

Entretanto, de acordo com informações do site de notícias G1 de julho de 2018, a licença ambiental para a reconstrução do distrito só foi concedida pelo governo de MG em julho de 2018, o que adiou a conclusão das obras, com previsão de entrega, às quase 240 famílias que perderam todos os seus bens, para o primeiro semestre de 2020. Para Belchior, Braga & Themudo (2017, p.117), a sanção civil aplicada em desfavor da Samarco será insuficiente para ressarcir os recursos naturais e a história da população atingida.

Segundo informações da UOL de fevereiro de 2019, o promotor de Mariana, Guilherme de Sá Meneghin, afirma que "os atingidos estão sendo tratados de forma não isonômica", pois a Fundação Renova não informa com transparência os critérios que utiliza para eleger quem deve ser beneficiado pelas indenizações, o que foi alvo de críticas do MPE-MG e do MPF. Além disso, a maioria dos membros da diretoria foi indicada pelas mineradoras. Para o promotor, a criação desta fundação atrasou as reparações e as indenizações, pois ela não tem autonomia para tomar decisões.

Até o fechamento deste estudo, em maio de 2019, dos 53 mil pedidos de indenização feitos, 84% não haviam sido pagos, e nenhuma das três comunidades destruídas foi reconstruída: Bento Rodrigues, Paracatu e Gesteira, segundo informações da UOL de fevereiro de 2019.

PERSPECTIVAS SOBRE O CASO SAMARCO:

Na visão do especialista Lisboa, citado por Belchior, Braga & Themudo (2017, pp.114-116), a negligência e a corrupção estão intimamente relacionadas ao caso do desastre em Mariana. As autoridades fiscalizadoras foram coniventes com a inundação, visto que em Minas Gerais já ocorreram outros desabamentos envolvendo mineradoras, porém, nenhuma medida preventiva foi realizada. "O grande problema está por trás das riquezas da atividade desenvolvida e nos interesses dos políticos e dos próprios órgãos ambientais."

ISSNe 2595-1602

Segundo estes autores, sequer havia mecanismos de alerta para os trabalhadores e para a população em caso de acidentes, nem mesmo uma simples sirene, apesar do alto grau de periculosidade da atividade de minério. A empresa tinha a obrigação de adotar medidas antecipatórias e preventivas para proteger o meio ambiente.

As empresas de mineração possuem grande influência econômica no estado de Minas Gerais; logo, ocorrem manobras para afastar questões ambientais de seus projetos, inclusive na liberação do licenciamento ambiental pelos próprios órgãos de fiscalização. Em um país com alto índice de corrupção, vários políticos se beneficiam de seus cargos para obter riqueza e poder, em detrimento da vida humana e dos valores éticos e solidários.

Para Belchior & Primo (2016, p.19), o rompimento da barragem do Fundão representa, pois, a concretização de um risco abstrato, típico da sociedade de risco. A magnitude dos prejuízos causados é (até então) sem precedentes em termos de danos ambientais no Brasil. O episódio causou danos ambientais ecológicos puros, danos individuais e danos ao meio ambiente cultural, os quais serão suportados por várias gerações, devido à impossibilidade de restauração do status *quo ante*.

A expressão "até então" foi aqui aplicada para se referir a mais um triste episódio praticamente idêntico ao ocorrido em Mariana. Como se não bastasse o trágico evento aqui abordado, em 25 de janeiro de 2019, outra barragem de minérios se rompeu, desta vez em Brumadinho, Minas Gerais, Brasil, a qual é administrada pela Vale, uma das controladoras da Samarco. Porém, infelizmente, desta vez os danos foram muito maiores. Até o fechamento deste estudo, em maio de 2019, conforme divulgado pelo Correio Brasiliense do mesmo período, esta tragédia já havia deixado 240 mortos, e 32 pessoas seguiam desaparecidas, além dos imensuráveis e incomparáveis danos ambientais, econômicos e sociais causados. Desafortunadamente, a história se repetiu, e de uma maneira muito mais severa.

ISSNe 2595-1602

O CASO *DIESELGATE* – VOLKSWAGEN – ALEMANHA

O Grupo Volkswagen (VW), com sede em Wolfsburg, Alemanha, é um dos principais fabricantes de automóveis do mundo e o maior fabricante de carros da Europa. Opera 122 fábricas em 20 países europeus e em 11 países nas Américas, Ásia e África, tendo mercado em 153 países. O Grupo VW reúne 12 marcas de automóveis: Volkswagen, Audi, Porsche, entre outras (VOLKSWAGEN AG, 2019).

Em alemão, *Volks* significa povo, e *Wagen* significa vagão, veículo. Ou seja, é o carro do povo ou popular. Segundo Esteves (2016, pp.106-107), a marca alemã pretendia, até 2018, tornar-se a mais bem-sucedida, a mais sustentável e a maior fabricante de automóveis do mundo.

O Grupo norteia-se pelo futuro ecológico e pelo pensamento verde: pretende estabelecer novos padrões ecológicos através de seus veículos, pela construção de motores mais ecológicos que diminuam as emissões de gás carbônico (CO_2), prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente. Rege-se pela responsabilidade corporativa e pela sustentabilidade, almejando produzir veículos mais eficientes quanto ao consumo de energia, água, emissões, produção de resíduos, etc.

Entretanto, apesar de adotar o discurso de se preocupar com o meio ambiente, com seus colaboradores e com a sociedade, em setembro de 2015 o Grupo VW protagonizou um grande escândalo dos automóveis de motores a diesel (ESTEVES, 2016, p.116).

Segundo Carneiro (2018, p.5), um episódio de "placebo verde" ocorreu com a marca em 2015. Seus carros foram submetidos a testes de controle de poluentes nos EUA, onde se constatou uma grande "maquiagem verde" (*greenwashing*) através de um software, o que fez a empresa admitir ter fraudado os dados das emissões de poluentes de seus veículos a diesel para passar nos testes de emissões nos EUA e na Europa. A estratégia da montadora era aumentar suas vendas com o falso apelo ambiental. De acordo com informações da BBC Brasil de setembro de 2015, assim repercutiu o escândalo:

> "Na Alemanha, país conhecido pela indústria automobilística e onde o ativismo ambiental é uma força política, a revelação causou choque e indignação. Um jornal alemão chamou o caso de 'o ato de estupidez mais caro da história da indústria automobilística'. (...) porque manipular os dados de contaminação para melhorar as vendas só pode ser visto como uma bofetada na cara dos clientes que pagaram a mais pelo que pensavam que seria um carro menos poluente. A mensagem publicitária era: 'nossos carros são poderosos, e ao mesmo tempo melhores para o meio ambiente'".

O episódio teve início nos EUA, onde circulavam rumores de que a marca alemã estava enganando os resultados dos testes de emissão, violando normas da Agência de Proteção Ambiental Norte-Americana (EPA) e a confiança do consumidor. A EPA, através da Lei do Ar Limpo de 1970, estabeleceu padrões de qualidade do ar para seis tipos de poluentes: partículas, ozônio, dióxido de enxofre, dióxido de nitrogênio, monóxido de carbono e chumbo, a fim de conter ameaças ao meio ambiente e à saúde, como chuva ácida, poluição urbana, emissões tóxicas do ar e destruição da camada de ozônio (ESTEVES, 2016, p.111).

Segundo Carneiro (2018, p.5), a fraude foi descoberta pelo Conselho Internacional de Transporte Limpo (ICCT), organização especializada em estudar o desempenho e a eficiência energética ambiental de transportes terrestres, marítimos e aéreos, e assim beneficiar a saúde pública e reduzir as mudanças climáticas.

Esteves (2016, pp.111-113) relata que o ICCT realizou vários testes, descobrindo que alguns carros apresentavam desempenho fora das normas durante o uso no dia a dia, ao contrário do desempenho que mostravam durante os testes. A organização descobriu em algumas marcas um software sofisticado que controla todos os parâmetros do carro, capaz de detectar quando o automóvel está em teste, ativando-se, e em rodagem normal, desligando-se.

Assim, quando o veículo está sendo testado, o software ativa o modo "dinâmico", no qual as emissões de poluentes cumprem os níveis exigidos pela EPA. Porém, quando o veículo está rodando normalmente, ele ativa o modo "estrada", no qual o funcionamento do sistema de controle de emissões é reduzido, aumentando a emissão dos níveis de óxidos de nitrogênio (NO_x) de 10 a 40 vezes acima do permitido. Este esquema de fraude ficou conhecido como o escândalo *Dieselgate*.

ISSNe 2595-1602

O software recebeu o nome de "*defeat device*", que significa "dispositivo de derrota", um dispositivo malicioso com o propósito de falsificar os testes de emissões, simulando resultados positivos e "dentro" dos padrões para os veículos do Grupo VW equipado a diesel. As normas da EPA violadas pela empresa são:

> "A secção 203 (a) (3) (b) da Acta do Ar Puro, proíbe a fabricação, venda ou instalação de qualquer dispositivo que intencionalmente contorne as regras de emissões da EPA, ignorando ou derrotando a rendição do controlo do sistema de emissões do veículo, tal como a secção 203 (a) (1) que proíbe a venda destes que não são certificados corretamente, sem esquecer a secção 86.1803-01 (define os dispositivos auxiliares de controlo de emissões e os dispositivos de derrota) e 86.1809-12 (estabelece a proibição de dispositivos)" (ESTEVES, 2016, p.113).

Para Carneiro (2018, pp.5-6), o consumidor e o público em geral nem sempre conseguem diferenciar ações idôneas e ações que buscam somente a autopromoção através da questão ambiental. Alguns produtos são vendidos com a promessa de serem ecológicos e sustentáveis, mas em sua embalagem ou comunicação institucional não são divulgadas as evidências que certificam estes atributos. As empresas que adotam práticas de *greenwashing* são penalizadas se comprovadamente fazem uso da publicidade a partir de ações ambientais falsas.

Esteves (2016, pp.113-115) relata que em setembro e novembro de 2015, a EPA notificou duas vezes o Grupo VW, demonstrando que a montadora não seguiu o regulamento ambiental. As alegações foram sobre os modelos a diesel contendo o dispositivo malicioso, vendidos entre 2009 e 2016, das empresas Volkswagen, Audi, Grupo Americano VW, Porsche AG e Porsche Cars North America, em desacordo com as normas da EPA por aumentarem as emissões de NO_x.

A Autoridade da Concorrência Norte-Americana apresentou queixa, em março de 2016, contra o Grupo VW no caso *Dieselgate*, afirmando que a empresa enganou seus clientes durante sete anos com publicidade enganosa, pedindo compensação pelos danos sofridos. Em abril de 2016, o Departamento de Justiça dos EUA, em nome da EPA, instaura um processo civil contra o Grupo Americano VW, visando responsabilizar a organização e proteger os direitos dos clientes e a saúde pública.

O CEO (*Chief Executive Officer*, que significa Diretor Executivo) da VW à época demitiu-se devido ao escândalo, que alcançou proporções mundiais. Antes foi obrigado a interromper as vendas dos modelos afetados, pois foram distribuídos em vários países com emissões acima dos níveis permitidos, violando as leis impostas para os automóveis em circulação de vários países. Fala-se, assim, em um desastre ambiental, além das falhas de produtos e para com a sociedade.

OS IMPACTOS AO MEIO AMBIENTE E À SAÚDE HUMANA NA ALEMANHA E NA EUROPA:

Tanaka, *et al* (2018, p.1) afirmam que houve vários casos de dispositivos fraudulentos na indústria dos veículos a diesel, mas o alcance das violações a normas ambientais pelo Grupo VW foi sem precedentes.

Segundo Esteves (2016, p.120), muitas ONGs demonstraram sua preocupação e insatisfação com o escândalo *Dieselgate*. O Greenpeace enviou

ISSNe 2595-1602

carta ao Presidente do Conselho Europeu, ao Presidente da Comissão Europeia e ao Presidente do Parlamento Europeu, requerendo ações imediatas, tais como:

- Proceder a uma investigação imediata, independente e transparente sobre o escândalo;
- Estabelecer uma supervisão na União Europeia (UE) no processo de aprovação de veículos com motor a diesel;
- Melhorar a aplicação da legislação ambiental na UE e nos Estados membros;
- Certificar que empresas fraudulentas sejam suspensas do registro da UE até que demonstrem cumprir as leis impostas por ela.

Conforme Tanaka, *et al* (2018, p.1), a empresa admitiu haver vendido, no mundo todo, cerca de 11 milhões de veículos aprovados em testes de laboratório, manipulados por tais dispositivos. Estes veículos correspondem a 40% do total de automóveis da montadora vendidos na UE no período de 2009 a 2015. Este episódio levou a uma série de discussões sobre questões ambientais, de saúde pública, regulamentares, legais, financeiras e éticas.

Destes 11 milhões de carros afetados, cerca de 8,5 milhões foram comercializados na Europa (JONSON, *ET AL*, 2017, p.2), dos quais 2,6 milhões estão na Alemanha (CHOSSIÈRE, *ET AL,* 2017, p.1).

Segundo Tanaka, *et al* (2018, p.1), a crença de que veículos equipados com tecnologias avançadas de motor a diesel são mais amigáveis ao meio ambiente do que veículos a gasolina encorajou uma mudança de veículos a gasolina para veículos a diesel, contribuindo para um grande aumento do número de veículos a diesel nas duas últimas décadas. Esteves (2016, p.122) afirma que, de acordo com dados do ICCT, os veículos a diesel controlam 53% do mercado da UE.

Esta crença também foi abordada pelo Grupo VW, divulgando a ideia de que os carros a diesel são necessários à redução de emissões de CO_2. Entretanto, a revelação de que veículos a diesel equipados com dispositivos fraudulentos emitem quantidades muito maiores de NO_x fez com que esta questão fosse reavaliada (TANAKA, *ET AL*, 2018, p.2).

Para Esteves (2016, pp.121-122), o escândalo *Dieselgate* veio destacar o problema persistente da poluição de óxidos de nitrogênio na Europa, onde as emissões de diesel são as maiores contribuintes para a baixa qualidade do ar urbano. O autor também destaca as emissões de CO_2, que são nocivas à saúde e responsáveis em grande parte pelo efeito estufa.

Segundo Jonson, *et al* (2017, pp.1-2), a diferença entre as emissões esperadas e reais de NO_x ganhou bastante atenção após a descoberta dos dispositivos fraudulentos em veículos a diesel do Grupo VW. Os resultados deste estudo sugerem que as concentrações de NO_x seriam reduzidas em cerca de 50% se as emissões por tais veículos estivessem dentro dos padrões.

Conforme estes autores, os motores a diesel emitem menos CO_2 do que motores a gasolina, contudo, emitem muito mais NO_x ($NO + NO_2$). Os óxidos de nitrogênio (NO_x) englobam os monóxidos de nitrogênio (NO) e os dióxidos de

ISSNe 2595-1602

nitrogênio (NO_2). Os excessos além dos limites europeus de qualidade do ar para o NO_2 têm sido atribuídos em grande parte às emissões de carros a diesel.

Um estudo realizado por Tanaka, *et al* (2018, pp.1-7) revela que as emissões de NO_x por veículos a diesel representam uma ameaça à qualidade do ar urbano. Os resultados mostram um aumento médio de temperatura causado por veículos não compatíveis (acima dos limites permitidos) a diesel, operantes no período de um ano. Tais veículos apresentam alterações mais complexas do que aquelas sugeridas pelas emissões de laboratório, o que se deve ao excesso de NO_x emitido durante a circulação dos veículos.

As alterações são: forte aquecimento em curto prazo causado pelo NO_x, seguido pelo aquecimento de longo prazo pelo CO_2; além de um substancial aumento de temperatura após 20 anos de excesso de emissão, com diminuição somente após 50 a 100 anos, o que reflete a alta incerteza relacionada ao impacto do NO_x e do CO_2 sobre o meio ambiente.

Os veículos não compatíveis movidos a diesel claramente produzem maiores impactos climáticos em curto prazo do que os veículos compatíveis (dentro dos limites permitidos) a diesel com características iguais, mas produzem impactos menores em médio prazo. Por outro lado, as diferenças quanto às alterações de temperatura em longo prazo são complexas e inconclusivas.

Assim, Tanaka, *et al* (2018, p.1) concluem que os veículos a diesel do Grupo VW em circulação e equipados com dispositivos maliciosos emitem quantidades de NO_x até 40 vezes além do permitido pelos padrões de emissão, e que tais veículos geram um maior aquecimento global ao longo dos anos.

Um estudo realizado por Chossière, *et al* (2017, pp.1-2) revela que os testes de emissão com veículos em rodagem do Grupo VW detectaram uma emissão média de 0,85 gramas de NO_x por quilômetro rodado, mais de quatro vezes além do limite do padrão europeu aplicável de 0,18 gramas por quilômetro rodado.

Os resultados deste estudo estimam uma quantidade de emissões pelos veículos afetados, entre 2008 e 2015 na Alemanha, de aproximadamente 240 quilotoneladas de NO_x acima do limite de emissão recomendado. Na ausência de um recolhimento (*recall*) de tais veículos, que reduzisse as emissões ao limite do padrão europeu, as emissões a partir de 2016 alcançariam 560 quilotoneladas de NO_x acima do limite. E caso as emissões de todos os veículos afetados fossem reduzidas a este padrão até o final de 2016, o excesso cairia para 29 quilotoneladas.

Além disso, o excesso de emissões de NO_x na Alemanha resultou em baixa produção de ozônio em quase todos os países impactados, devido à redução de oxidantes da atmosfera através da reação química com o NO_x.

Jonson, *et al* (2017, p.8) afirmam que o aumento nos níveis de poluição afeta tanto o meio ambiente como a saúde humana. Segundo Chossière, *et al* (2017, pp.1-2), a saúde pública é afetada de forma global e significante pela poluição do ar. A Agência Ambiental Europeia (EEA) estima que a poluição do ar seja responsável por mais de 400 mil mortes prematuras (em adultos com 30 anos de idade ou acima) por ano na Europa.

ISSNe 2595-1602

Estes impactos são causados primariamente pela exposição da população a partículas finas de diâmetro de 2,5 μm ou menor, as quais são atribuídas ao excesso de emissão de NO_2. Estas partículas têm sido associadas a um aumento do risco de mortalidade prematura por estudos epidemiológicos (CHOSSIÈRE, *ET AL*, 2017, pp.1-5). Um estudo de Hoek, *et al* (2013, p.1) revela que estas mortes se devem a doenças cardiorrespiratórias provocadas pela elevada concentração de poluição do ar. A exposição prolongada a tais partículas finas está associada a mortes por doenças cardiovasculares, principalmente por doença cardíaca isquêmica.

De acordo com Chossière, *et al* (2017, pp.1-2), as emissões de transportes terrestres contribuem com aproximadamente 50% dos impactos à saúde na Europa. A EEA constatou que as emissões são ainda maiores em veículos a diesel. Oldenkamp *et al apud* Chossière, *et al* (2017, p.10) estimam em seu estudo que emissões históricas em excesso de aproximadamente 500 quilotoneladas de NO_x estariam relacionadas a 5 mil mortes prematuras. E em caso de não haver modificações nos veículos afetados com excesso de emissões, a estimativa seria de 800 quilotoneladas, relacionadas a 8.200 mortes prematuras.

Outro estudo por Jonson, et al (2017, p.1) estima que aproximadamente 10 mil mortes prematuras foram causadas pela poluição por NO_x na Europa, apenas em 2013. Cerca de 5 mil destas mortes poderiam ter sido evitadas se os veículos a diesel estivessem operando de acordo com a legislação. E se estes mesmos veículos fossem movidos a gasolina, a estimativa é que o número de mortes prematuras teria caído para 2 mil.

Conforme Jonson, *et al* (2017, p.8), os países com maior número de mortes prematuras causadas por veículos a diesel são: Itália, Alemanha e França, os três abrangendo dois terços destas mortes em 2013, devido às suas grandes populações e ao grande número de veículos a diesel em suas frotas. Em alguns países como Bélgica, Países Baixos e Reino Unido, as emissões excedentes de NO_x de carros a diesel provocaram menor formação de ozônio, prejudicando a camada de ozônio nestes locais.

Os resultados do estudo de Chossière, *et al* (2017, pp.9-10) apontam que, no período de venda dos veículos afetados do Grupo VW, entre 2008 e 2015, os 10 países mais afetados pelo excesso de emissões de NO_x foram, nesta ordem: Alemanha, Polônia, França, República Tcheca, Itália, Áustria, Suíça, Hungria, Reino Unido e Romênia.

Estimam também que o excesso de emissões de NO_x pelo Grupo VW na Alemanha seja responsável por aproximadamente 1.300 mortes prematuras, das quais 1.200 no próprio país, disparadamente o mais afetado. Os custos com saúde foram estimados em dois bilhões de euros. Sem as devidas modificações nos automóveis afetados, este número saltaria para 3.200 mortes prematuras na Europa, das quais 2.800 na Alemanha.

Jonson, *et al* (2017, p.9) afirmam que o excesso de mortes prematuras continuará no futuro, até que os veículos a diesel operantes com altas emissões de NO_x sejam substituídos, o que se dará possivelmente a partir do ano de 2021, quando a legislação europeia estiver apta a fechar a lacuna entre os testes de emissões e as reais emissões dos veículos em circulação.

ISSNe 2595-1602

Entretanto, há sinais de que o mercado de carros a diesel na Europa esteja atualmente em declínio, como resultado do escândalo *Dieselgate*. Este episódio pode ter o efeito de aceleração sobre a transição para veículos elétricos e outras modalidades alternativas de transportes. Vários estudos econômicos preveem um forte crescimento da eletrificação na indústria automobilística na próxima década, o que inevitavelmente reduzirá todos os tipos de emissões diretas de transporte.

A RESPONSABILIDADE DA VOLKSWAGEN:

De acordo com Souza & Peixoto (2018, p.693), apesar de a fraude realizada pelo Grupo VW ter sido descoberta nos EUA, o escândalo *Dieselgate* tomou proporções mundiais, havendo desdobramentos em vários países (incluindo o Brasil), cujas legislações foram violadas pelo excesso de emissões poluentes.

Segundo Carneiro (2018, p.5), a fraude custou ao Grupo VW uma grande redução dos lucros, queda das suas ações, descrédito por parte dos consumidores, além de multas bilionárias e vários processos judiciais no mundo todo.

Entretanto, interessa abordar aqui somente os desdobramentos ocorridos na Alemanha, no tocante à responsabilização da empresa neste país, através de informações de artigos científicos e de notícias atualizadas sobre o assunto.

Esteves (2016, p.116) afirma que, até o encerramento de seu estudo, o Grupo VW conduzia uma investigação interna e alguns gestores foram demitidos. Souza & Peixoto (2018, p.706) relatam que alguns diretores da empresa foram presos e estão respondendo por seus atos comissivos (por anuência) e omissivos (por omissão).

Segundo o site de notícias G1 de 10 de julho de 2018, até então a empresa nunca havia publicado os resultados de sua investigação interna. No entanto, uma decisão da justiça alemã, do mesmo mês, obrigou o Grupo VW a abrir seus arquivos sobre o *Dieselgate*. A multinacional perdeu uma ação judicial na Alemanha que impedia a análise por promotores de documentos não publicados sobre o escândalo. A decisão da Suprema Corte alemã determinou que os arquivos apreendidos em um escritório de advocacia dos EUA fossem analisados.

Informações do Globo Economia de março de 2016 revelam que o ex-presidente da companhia recebeu, em maio de 2014, mais de um ano antes do escândalo, um relatório que o deixava ciente das suspeitas sobre o caso, embora não se saiba se ele leu o documento. Já o site de notícias alemão *Der Spiegel* publicou, em julho de 2017, que o Grupo VW, Daimler (proprietária da Mercedez-Benz e Bosch) e BMW fizeram acordos em documentos oficiais acerca de tecnologias de controle de emissões, nos quais ficou evidente a intenção de burlar a legislação ambiental.

Assim, para Souza & Peixoto (2018, p.704), dificilmente poderia se acreditar que somente o CEO da Volkswagen conhecia o sistema de fraude com os dispositivos maliciosos. Os demais diretores da companhia também tinham ciência e anuíram com a fraude. De acordo com a Revista Auto Esporte de 2017:

> "O jornal The New York Times descobre que, apesar de a Volkswagen só ter admitido a fraude das emissões nos motores a diesel no fim de 2015, o

ISSNe 2595-1602

> caso já era de conhecimento de vários executivos no começo de 2014. Arquivos em e-mail e memorandos mostram que os executivos sabiam bem antes que os veículos alterados não conseguiam cumprir as normas ambientais de emissões, mas levaram as autoridades a acreditarem no oposto quando foram pedidas explicações ainda em 2014." (REVISTA AUTO ESPORTE, 2017, *apud* SOUZA & PEIXOTO, 2018, p.704).

Na visão de Souza & Peixoto (2018, p.704), a conduta destes diretores não pode ser admitida num sistema "capitalista verde". Apesar de o custo ambiental ser caro ou incalculável, ele sempre deve ser considerado. Porém, Costa *apud* Souza & Peixoto (2018, p.705) relata que "muitas vezes, o custo gerado pela redução da produção ou pela aquisição de equipamento de tratamento de resíduos faz com que o empresário decida por pagar multas, quando e se houver fiscalização".

NA ESFERA CIVIL:

Segundo Chossière, *et al* (2017, p.2), após a fraude com o software ter sido comprovada, em outubro de 2015, a Autoridade Federal Alemã de Transportes Motorizados (KBA) obrigou o Grupo VW a realizar o recolhimento (*recall*) de todos os 2,6 milhões de veículos afetados operantes na Alemanha, e determinou que eles devam ser modificados de modo a obedecer às normas europeias. Seguindo a determinação da KBA, o Grupo VW anunciou que o *recall* se iniciaria em 2016, com conclusão programada para o final do mesmo ano. Os primeiros veículos foram recolhidos no final de janeiro de 2016.

De acordo com Esteves (2016, p.115), um plano foi criado em janeiro de 2016 para remediar esta crise, com o intuito de atualizar os motores a diesel para reduzir as emissões, mas levaria um ano para recolher todos os oito milhões de automóveis afetados no continente europeu. Assim, o Grupo VW garantiu o desembolso de 6,5 bilhões de euros para cobrir os custos provocados pelo escândalo.

Em setembro de 2018, foram publicadas informações pelos sites O Globo e Folha de São Paulo sobre o início do primeiro grande julgamento do Grupo VW pela manipulação de motores a diesel. O julgamento foi realizado no Tribunal Regional de Brunswick, cuja jurisdição abrange a cidade de Wolfsburg, sede da empresa.

Os acionistas reclamam indenizações que somam cerca de nove bilhões de euros. Em Stuttgart, centenas de acionistas da Porsche, principal acionista do Grupo, também pedem indenizações. O governo alemão ainda abriu espaço para as ações coletivas de consumidores.

A empresa enfrentará ação coletiva impetrada pela Federação das Organizações de Consumidores da Alemanha (*Verbraucherzentrale Bundesverband – VZBV*), uma ONG de proteção aos direitos do consumidor. A VZBV pleiteia indenização para dois milhões de proprietários de carros a diesel que não são ecologicamente amigáveis como o Grupo VW alegava serem no momento da compra. A decisão do julgamento deve sair em 2019.

De acordo com o site de notícias G1 de novembro de 2018, a ação judicial coletiva impetrada no Tribunal de Brunswick neste mesmo mês é a primeira movida por um grupo de clientes alemães, com base em um novo dispositivo legal criado

ISSNe 2595-1602

especificamente após o *Dieselgate*. O referido dispositivo, segundo Leal (2018), entrou em vigor no mesmo dia em que a ação coletiva foi protocolada.

Leal (2018) afirma que a nova lei insere no direito processual civil alemão a chamada *Musterfeststellungsklage*, em tradução livre, "ação declaratória modelo". Esta ação é um instrumento de tutela coletiva do consumidor em juízo, através da qual as entidades de defesa do consumidor buscam o reconhecimento do dano coletivo e de seu respectivo autor. Caso a ação seja julgada procedente, ações individuais podem ser movidas por cada consumidor afetado, tendo a empresa o dever de indenizar já como pressuposto, restando apenas a especificação da quantia devida a cada interessado.

O G1 de novembro de 2018 informa ainda que esta ação judicial teve início dois meses antes da prescrição dos crimes relacionados ao escândalo das emissões. Até então, a legislação alemã não contemplava ações judiciais conjuntas de consumidores, o que os desencorajava a entrar com ações individuais, dado seu custo elevado. Porém, este novo dispositivo não é comparável aos processos coletivos comuns nos EUA e no Brasil, pois emitem uma só resposta a vários litígios.

Assim, se o juiz aceitar o caso, os clientes poderão se unir gratuitamente ao processo antes de o Tribunal de Brunswick se pronunciar sobre a responsabilidade jurídica do Grupo VW. Uma ministra da justiça alemã considera que até dois milhões de clientes do Grupo VW podem se beneficiar desta ação coletiva, pois afirma ser inviável haver julgamentos individuais para cada um dos demandantes. Na Alemanha, já houve 26 mil denúncias individuais pelo *Dieselgate*, e a VZBV prevê que dezenas de milhares de pessoas se unam a esta ação coletiva.

Segundo informações do G1 de janeiro de 2019, em decorrência desta ação, mais de 370 mil proprietários de veículos da VW se uniram ao processo contra a empresa automobilística na Alemanha em um mês, de acordo com o Departamento Federal de Justiça da Alemanha. Se a Justiça alemã decidir em favor dos consumidores, poderá abrir um precedente para que um número ainda maior de clientes da VW entre com novas ações.

Assim, conforme divulgado pelo site português *Sapo* em janeiro de 2019, o Grupo VW poderá ter que chamar às oficinas mais de 370 mil carros a diesel na Alemanha, relacionados ao escândalo *Dieselgate*. As investigações ainda não estão concluídas, mas as audiências já foram iniciadas em janeiro deste ano.

Contudo, até o fechamento deste estudo em maio de 2019, a empresa alemã não foi obrigada a indenizar nenhum cliente. O G1 de janeiro de 2019 informou que a empresa tenta minimizar os danos ao meio ambiente e aos consumidores pela fraude, com atualizações no software que registra as emissões e com descontos para os clientes que trocarem os veículos a diesel por modelos menos poluentes.

PERSPECTIVAS SOBRE O CASO *DIESELGATE*:

Segundo Esteves (2016, pp.116-117), os novos veículos vendidos pela marca alemã não mais apresentam o software malicioso que falsifica os testes e prejudica o meio ambiente. Porém, o Grupo VW continua a lidar com a crise, trabalhando na

ISSNe 2595-1602

recuperação dos carros afetados, e assim tentando recuperar o prejuízo financeiro e ambiental, além da confiança da sociedade.

Para a organização, é um enorme prejuízo financeiro, algo que não será fácil recuperar. Não é fato novo o de que organizações tentam burlar as leis, impostas para a proteção do público, do meio ambiente e do consumidor, pois infelizmente, o objetivo maior de uma organização, independentemente da evolução social, é e sempre será o lucro. Para Esteves (2016, p.117), "a organização que desenvolveu o carro do povo poder ter perdido a confiança do povo".

De acordo com dados divulgados pelo Estadão de abril de 2019, o *Dieselgate* já custou ao Grupo VW 29 bilhões de euros, e ainda há diversas ações judiciais contra a companhia em andamento. Conforme Souza & Peixoto (2018, p.704), estima-se que o prejuízo à montadora pode chegar a 78 bilhões de euros.

O Caso Volkswagen escancara a importância do cumprimento das leis ambientais. Um artigo publicado pelo site brasileiro Tera Ambiental, em outubro de 2015, assim argumenta:

> "Se em nosso país, há as chamadas 'leis que pegaram e que não pegaram', as leis ambientais infelizmente ainda se encaixam na segunda definição. Apesar da existência da legislação, a falta de conhecimento, pouca consciência para o tema e baixa fiscalização são os principais fatores que influenciam negativamente nossa situação. Para quem acha que o descumprimento da legislação ambiental é exclusividade brasileira e praticada apenas em pequenas e médias empresas está equivocado. O escândalo mundial envolvendo a gigante Volkswagen é prova disso."

Portanto, o elevado custo da tentativa de fraude pelo Grupo VW poderia ter sido aplicado na inclusão de custos ambientais e diminuição dos lucros para a manutenção de um futuro mais estável e sustentável para a empresa (SOUZA & PEIXOTO, 2018, p.707). "O lucro faz parte de qualquer organização, mas, é preciso evoluir com o tempo, e quando o objetivo é estar no topo, pensar e preocupar-se com o meio ambiente é um importante passo" (ESTEVES, 2016, p.107).

Apesar deste cenário desfavorável, o Grupo VW parece ter aprendido com seus erros, e os desdobramentos do *Dieselgate* impulsionaram ainda mais a legislação alemã rumo a um futuro verde. Segundo informações de O Globo, de setembro de 2018, os modelos a diesel passarão a ser proibidos em várias cidades alemãs devido aos seus níveis de poluição. A cidade de Hamburgo já interditou a circulação, e Frankfurt pode seguir este caminho em 2019. Ademais, como informado pelo site de notícias Autopapo, em maio de 2019 entrou em pré-venda o primeiro veículo elétrico da Volkswagen, o pioneiro de uma gama de elétricos que a marca alemã está desenvolvendo.

REFERENCIAL METODOLÓGICO E FONTES UTILIZADAS

Este estudo foi conduzido pelos métodos indutivo e dedutivo, com pesquisas em livros, artigos científicos, revistas científicas, trabalhos de conclusão de curso em graduação e especialização, dissertações e sítios eletrônicos de artigos e notícias, a respeito da legislação ambiental brasileira e alemã e dos casos estudados, quanto à responsabilidade civil por danos ambientais.

ISSNe 2595-1602

Para a pesquisa de conteúdo online, foi utilizado o site de buscas Google, utilizando as palavras-chave deste estudo. Para obter notícias atualizadas sobre os estudos de casos, foi selecionada a aba "notícias", selecionando-se o conteúdo mais recente até o fechamento deste estudo.

Foi aplicado também o método analógico de comparação através de dois Estudos de Caso, ambos ocorridos no ano de 2015, envolvendo eventos humanos dolosos que comprovadamente provocaram danos ambientais graves, e nos quais restou comprovada a ciência, por parte dos responsáveis pelas respectivas empresas, da inobservância de normas ambientais e das possíveis consequências ambientais e humanas dela decorrentes.

Um é o Caso Mariana, em Minas Gerais, Brasil, em que uma tragédia ambiental e humana foi causada pelo rompimento de uma barragem de minérios, operada pela empresa mineradora Samarco. E o outro é o Caso *Dieselgate*, protagonizado pela marca automobilística Volkswagen, na Alemanha, em que vários veículos foram adulterados para passar nos testes de emissões de poluentes e burlar normas ambientais.

Cabe aqui mencionar que não foi realizado um estudo de caso sobre rompimento de barragem na Alemanha, tendo em vista que o único caso registrado no país foi na cidade de Edersee em 1943, resultado de bombardeios durante a Segunda Guerra Mundial, conforme informações do site de notícias R7, de novembro de 2015. Este evento, portanto, não é atribuível a um evento humano doloso e de comprovada ciência do descumprimento legal e das consequências por parte dos responsáveis na hipótese de seu rompimento, sendo decorrente de força maior, ao contrário das circunstâncias dos casos Mariana e *Dieselgate*.

ISSNe 2595-1602

PRINCIPAIS TÓPICOS

- O meio ambiente foi elevado à categoria de direito fundamental do homem pela Conferência das Nações Unidas, na década de 1970;
- A Alemanha é considerada um Estado Ambiental, em que a proteção ao meio ambiente é uma das condições de legitimação de sua atuação;
- O princípio do "poluidor-pagador" foi criado pela União Europeia, sendo o fundamento do instituto da responsabilidade civil por danos ambientais, presente nas normas brasileiras e germânicas;
- A responsabilidade civil ambiental no Brasil é objetiva; a teoria adotada é a Teoria do Risco Integral, não admitindo excludentes de responsabilidade;
- As principais normas reguladoras da matéria no Brasil são a Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 3º) e a Lei 6.938/81;
- A responsabilidade civil ambiental na Alemanha também é objetiva, entretanto, adota a Teoria do Risco Criado (ou Administrativo), em que se admitem excludentes de responsabilidade;
- As principais normas reguladoras da matéria na Alemanha são o Código Civil e a Lei Federal de Responsabilidade Civil Ambiental;

- Em novembro de 2015, o rompimento da barragem de minérios de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, provocou o maior desastre ambiental registrado, até então, no Brasil;
- Até maio de 2019, a Samarco, empresa responsável pela barragem, havia pagado somente 16% dos 53 mil pedidos de indenização feitos, e nenhuma das três comunidades destruídas foi reconstruída; inúmeras ações judiciais ainda estão longe de ter uma decisão final;
- Em janeiro de 2019, outra barragem se rompeu, em Brumadinho, provocando uma tragédia de proporções muito maiores que a de Mariana, deixando mais de 200 mortos e vários desaparecidos; discussões a respeito da proibição de barragens de minérios no Brasil ainda não se concretizaram;
- Em setembro de 2015, a marca alemã Volkswagen protagonizou um grande escândalo dos automóveis de motores a diesel, o *Dieselgate*, em que testes de emissões de poluentes foram fraudados, burlando normas ambientais;
- A empresa foi obrigada a recolher todos os 8,5 milhões de veículos adulterados na Europa e reparar os motores adulterados pelo software, a fim de reduzir a emissão de poluentes; o julgamento da ação coletiva que pleiteia indenização para milhares de clientes deve sair em 2019;
- Pensando no futuro sustentável, a Alemanha passará a proibir veículos a diesel em seu território, sendo que algumas cidades já o fizeram; e a Volkswagen, em maio de 2019, anunciou no mercado seu primeiro modelo elétrico, de uma série de veículos elétricos que a marca está desenvolvendo.

ISSNe 2595-1602

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que o cumprimento das leis ambientais ainda é um problema a ser enfrentado em âmbito mundial, o qual não se restringe a países em desenvolvimento, como o Brasil. Prova disto é o escândalo *Dieselgate*, que envolveu a marca automobilística Volkswagen, sediada na Alemanha, país reconhecido internacionalmente pelo pioneirismo em políticas ambientais sustentáveis e por sua notável preocupação com a proteção ao meio ambiente.

Entretanto, considerando a aplicabilidade da legislação ambiental quanto à responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente nos dois países abordados, além dos estudos de casos realizados, pode-se dizer que a Alemanha está bastante à frente do Brasil, em termos de eficácia legislativa e judiciária.

Apesar de a legislação ambiental brasileira ser considerada rica, rigorosa e evoluída por vários doutrinadores, tais atributos parecem servir apenas na teoria, visto que na prática, visualizam-se leis prolixas e ambíguas, diversas instâncias e possibilidades de recursos jurídicos e administrativos, conflitos de competência entre órgãos, excesso de ações impetradas sobre um mesmo assunto, o que dificulta a celeridade e a eficiência da justiça brasileira em aplicar as leis e punir os responsáveis, podendo, inclusive, haver prescrição dos crimes cometidos, tornando-os impunes. A burocracia e a morosidade do poder público dificultam ou mesmo impedem que as leis alcancem seu objetivo maior: o bem social.

Infelizmente, a corrupção entranhada nas instituições brasileiras contribui em peso para esta realidade, em que os detentores de poder se sobressaem muitas vezes incólumes, em detrimento da população, que sofre com o descaso e a impunidade por parte do poder público. O cidadão, na maioria das vezes, não é ouvido, tampouco participa das decisões judiciais e políticas, conforme evidenciado na tragédia em Mariana, em que decisões judiciais foram tomadas ao arrepio da lei, como o acordo que foi feito sem precisar a real extensão dos danos e sem garantir aos atingidos os devidos direitos e ressarcimentos.

Realidade oposta ocorre na Alemanha, onde as leis são assertivas, específicas e eficazes, e o cidadão tem voz ativa nas decisões políticas. Prova disto é o novo recurso civil instituído por lei pouco antes de os crimes relacionados ao *Dieselgate* prescreverem, viabilizando uma ação judicial única de indenização, o que reflete a preocupação do Estado alemão com o meio ambiente e seus cidadãos, mesmo que, conforme visto, na Alemanha não se protege propriamente o meio ambiente, mas os direitos fundamentais afetados em decorrência da não observação das normas de proteção ambiental.

Um olhar sobre os estudos de caso analisados permite concluir que Brasil e Alemanha não estão caminhando juntos rumo ao futuro verde. Enquanto no Brasil, outro acidente trágico envolvendo uma barragem de minérios ocorreu três anos depois da tragédia em Mariana, desta vez em Brumadinho, além da existência de várias barragens com risco iminente de rompimento, a Alemanha parece almejar finalizar em sua história o capítulo sobre veículos a diesel, proibindo-os de forma gradativa e substituindo-os no mercado automobilístico por veículos elétricos, estes sim, amigáveis ao meio ambiente.

Cita-se também o fato de a Volkswagen, mesmo figurando como ré na justiça, se mostrar disposta a ressarcir os danos causados ao meio ambiente, à saúde humana e aos seus clientes, com vistas a recuperar a confiança da sociedade. Ao contrário da Samarco, que parece ignorar sua responsabilidade ambiental e social perante os afetados, protelando suas obrigações e recorrendo das decisões judiciais e administrativas o quanto pode.

Assim, urge conscientizar a população mundial quanto à importância e necessidade de se proteger o meio ambiente, morada da espécie humana, o que ainda só pode ser alcançado através de leis rigorosas e eficazes e de um caráter pessoal ético, que realmente persuadam da intenção de prejudicar ou destruir o meio ambiente, em troca da obtenção de lucro como único fim.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, <<Código Civil Alemão, de 18 de agosto de 1896 (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)>>. [Consult. 25 Mar. 2019]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf>.

ISSNe 2595-1602

_____, <<Lei Federal de Responsabilidade Ambiental, de 10 de dezembro de 1990 (Umwelthaftungsgesetz – UmweltHG)>>. [Consult. 25 Mar. 2019]. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_umwelthg/englisch_umwelthg.pdf>.

ANTUNES, P. de Bessa, Direito Ambiental, 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 940 p. ISBN 85-7387-720-0.

ARAÚJO, F. Tinôco, Uma análise comparada da responsabilidade civil ambiental no Brasil e da Alemanha, 2018, Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26361/1/Fl%C3%A1via%20Tinoco%20Ara%C3%Bajo.pdf>, Salvador, Brasil.

BEDRAN, K. Marcos; MAYER, Elizabeth - <<A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral>>. Veredas do Direito. 10/19 (2013) 45-88. [Consult. 4 Fev. 2019]. Disponível em: <http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/271>.

BELCHIOR, G. P. Neiva; BRAGA, L. F. Santos; THEMUDO, T. Seixas - <<A responsabilidade civil por danos ambientais: um ano após o desastre ocorrido em Mariana/MG>>. Universitas Jus. 27/3 (2017) 108-118. [Consult. 22 Abr. 2019]. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4505/3369>. ISSN 1982-8268.

BELCHIOR, G. P. Neiva; PRIMO, D. A. Salazar - <<A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental>>. Revista Jurídica da Faculdade 7 de Setembro. 13/1 (2016) 10-30. [Consult. 22 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_responsabilidade_civil_por_dano_ambiental_e_o_caso_samarco_desafios_a_luz_do_paradigma_da_sociedade_de_risco_e_da_complexidade_ambiental.pdf>.

BRASIL, <<Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988>>, in *Vade Mecum*, 17ª ed., São Paulo: Rideel, 2019, ISBN 978-85-339-5441-0, 3-116.

_____, <<Código Civil Brasileiro>>, in *Vade Mecum*, 17ª ed., São Paulo: Rideel, 2019, ISBN 978-85-339-5441-0, 182-312.

ISSNe 2595-1602

_____, <<Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992>> [Consult. 4 Fev. 2019]. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf>.

_____, <<Laudo Técnico Preliminar do Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis): impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, de novembro de 2015>>. [Consult. 22 Abr. 2019]. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf>.

_____, <<Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981>>, in *Vade Mecum*, 17ª, São Paulo: Rideel, 2019, ISBN 978-85-339-5441-0, 1.130-1.136.

_____, <<Mandado de Segurança nº 22.164-0 – São Paulo, do Supremo Tribunal Federal, de 30 de outubro de 1995>>. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>.

_____, <<Resolução CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) nº 306, de 5 de julho de 2002>>. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=306>.

BRITO, B. D. Correa de; MASTRODI NETO, Josué - <<As esferas de responsabilidade pelo dano ambiental: aplicação ao Caso Samarco>>. Desenvolvimento e Meio Ambiente. 39 (2016) 43-57. [Consult. 25 Mar. 2019]. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/47182>. DOI: 10.5380/dma.v39i0.47182.

CARNEIRO, M. C. M. de Oliveira - <<Você sabe o que é *greenwashing*?>>. Revista Ecoa. (2018) 4-7. [Consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://portal.fmu.br/wp-content/uploads/2018/08/Revista-ECOA_Edi%C3%A7%C3%A3o-5.pdf>.

CARVALHO, M. H. Andrade de, O Caso Mariana-MG e a responsabilidade civil da União frente aos demais entes federados, 2016, Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Disponível em:

ISSNe 2595-1602

<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/15019/1/2016_MateusHenriqueAndradedeCarvalho.pdf>, Brasília, Brasil.

CARVALHO, R. Lucas - << Proteção ao meio ambiente: uma prioridade alemã>>. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. 15 (1998) 217-226. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/viewFile/70413/39984>. ISSN 0104-6594.

CHOSSIÈRE, Guillaume P., *et al* - <<Public health impacts of excess NO_x emissions from Volkswagen diesel passenger vehicles in Germany>>. Environmental Research Letters. 12 (2017) 1-14. [Consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/aa5987/pdf>. DOI: 10.1088/1748-9326/aa5987.

ESTEVES, E. L. Pereira, As relações públicas na vertente de comunicação externa. Estudo de Caso: A comunicação de crise da Volkswagen Autoeuropa na imprensa nacional, 2016, Dissertação apresentada no Instituto Superior de Novas Profissões para obtenção do Grau de Mestre em Comunicação Integrada, Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/23329>, Lisboa, Portugal.

FIORILLO, C. A. Pacheco, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 922 p. ISBN 978-85-02-18793-1.

FRANCA FILHO, M. Toscano - <<A Alemanha e o Estado de Direito: apontamentos de teoria constitucional comparada>>. Revista de Informação Legislativa. 133 (1997) 109-119. [Consult. 4 Fev. 2019]. Disponível em: <https://www.academia.edu/739082/A_Alemanha_eo_Estado_de_Direito>.

GLASER, Andreas - <<German environmental law in a nutshell>>. Ius Publicum Network Review. 1 (2011) 1-11. [Consult. 4 Fev. 2019]. Disponível em: <http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/04_04_2011_9_47_Glaser.pdf>. ISSN 2039-2540.

GONÇALVES, D. Oliveira; REZENDE, E. Nacur - <<Responsabilidade civil ambiental na Alemanha: um estudo comparativo com o direito brasileiro>>. Revista do Direito Público. 10/2 (2015) 39-64. [Consult. 4 Fev. 2019]. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/20265>. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n2p39.

ISSNe 2595-1602

HARTMANN, I. A. Martins; MOLINARO, C. Alberto - <<O paradigma alemão do Estado Ambiental e o objetivo estatal de proteção ambiental do art. 225 da Constituição Brasileira>>. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUC-RS. (2009) 553-557. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Ivmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/71694-IVAR_ALBERTO_MARTINS_HARTMANN.pdf>.

HOEK, Gerard, *et al* - <<Long-term air pollution exposure and cardio-respiratory mortality: a review>>. Environmental Health. (2013) 1-15. [Consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://ehjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/1476-069X-12-43>. DOI 10.1186/1476-069X-12-43.

HÜBNER, Christian - <<História da Política Ambiental na Alemanha: perspectivas da CDU 1958-2015>> (2014) 1-50. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=8861e28a-bf51-fbe2-79c2-376ee470bf40&groupId=252038>.

JACULI, G. Pereira, Responsabilidade civil por dano ambiental e análise do Caso Samarco: dimensões do dano ambiental, 2017, Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20208/3/ReponsabilidadeCivilDano.pdf>, Uberlândia, Brasil.

JONSON, J. E., *et al* - <<Impact of excess NO_x emissions from diesel cars on air quality, public health and eutrophication in Europe>>. Environmental Research Letters. 12 (2017) 1-11. [Consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/aa8850/pdf> DOI 10.1088/1748-9326/aa8850.

KLOEPFER, Michael - <<A caminho do Estado Ambiental?: a transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica>> (2008) 1-39. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000077-93d7a94561/A%20Caminho%20do%20Estado%20Ambiental.pdf>.

LEAL, Adisson - <<*Dieselgate* e o despertar alemão para a tutela coletiva dos direitos do consumidor>> Revista Consultor Jurídico. (2018). [Consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-12/dieselgate-despertar-alemao-tutela-coletiva-consumidor>.

ISSNe 2595-1602

MATIAS, J. L. Nogueira; MATTEI, Júlia - <<Aspectos comparativos da proteção ambiental no Brasil e na Alemanha>>. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 34/2 (2014) 227-244. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1230/1194>. ISSN 1807-3840.

NEUMANN, Monika T. - <<The environmental law system of the Federal Republic of Germany>>. Annual Survey of International & Comparative Law. 3/1 (1996) 69-110. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol3/iss1/6>.

PENNA, C. L. Galvão; REZENDE, E. Nacur - <<Responsabilidade civil diante da tragédia do rompimento das barragens em Mariana: o desafio da quantificação dos danos>>. Revista Direito Ambiental e Sociedade. 8/1 (2018) 65-82. [Consult. 22 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4264/3344>. ISSN 2237-0021.

PIEROTH, Bodo - <<O desenvolvimento do Estado de Direito na Alemanha>>. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 11/186 (2015) 48-59. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/77686>. RVBI 1052223.

SALINAS, N. S. Caccia - <<Caso Samarco: implicações jurídicas, econômicas e sociais do maior desastre ambiental do Brasil>>. FGV Repositório Digital. (2016) 1-48. [Consult. 22 Abr. 2019]. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24889/caso_de_ensino_mariana_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

SEHT, Hauke von; OTT, Hermann E. - <<EU environmental principles: implementation in Germany>>. Wuppertal Papers. 105 (2000) 1-35. [Consult. 4 Fev. 2019]. Disponível em: <https://epub.wupperinst.org/frontdoor/deliver/index/docId/1077/file/WP105.pdf>. ISSN 0949-5266.

SOUZA, L. D. Ferreira - <<Crimes Ambientais: princípios e evolução>>. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. 8/1 (2013) 151-184. [Consult. 1 Dez. 2018]. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/232/194>. ISSN 1983-4225.

ISSNe 2595-1602

SOUZA, P. R. Pereira; PEIXOTO, L. Carvalho - <<A responsabilidade dos diretores em relação às externalidades ambientais>>. Revista Argumentum. 19/3 (2018) 691-709. [Consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/644/408> ISSN 2359-6889.

TANAKA, Katsumasa, *et al* - <<Climate effects of non-compliant Volkswagen diesel cars>>. Environmental Research Letters. 13 (2018) 1-11. [Consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/aab18c/pdf>. DOI 10.1088/1748-9326/aab18c.

THOMÉ, Romeu, Manual de Direito Ambiental: conforme Lei 13.081/2015, 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. 905 p. ISBN 978-85-442-2529-5.

VOOS, M. Alessandro, Do direito adquirido em matéria ambiental: segurança jurídica e irretroatividade da lei, 2014, Trabalho apresentado para obtenção parcial do título de Especialista no curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental do Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias, Universidade Federal do Paraná, Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/50469/R%20-%20E%20-%20MAURICIO%20ALESSANDRO%20VOOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Curitiba, Brasil.

Websites:

AUTOPAPO, *Autopapo*, Brasil: Bárbara Ângelo, act. 2019, [consult. 20 Mai. 2019]. Disponível em: <https://autopapo.com.br/noticia/1o-eletrico-da-volkswagen-pre-venda-europa/>.

CORREIO BRASILIENSE, *Correio Brasiliense*, Brumadinho: Beatriz Roscoe, act. 2019, [consult. 20 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/19/interna-brasil,755791/moradores-de-brumadinho-lutam-para-reconstruir-a-cidade.shtml>.

DER SPIEGEL ONLINE, *Der Spiegel*, Alemanha: Frank Dohmen e Dietmar Hawranek, act. 2017, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.spiegel.de/international/germany/the-cartel-collusion-between-germany-s-biggest-carmakers-a-1159471.html>.

ISSNe 2595-1602

DW, *DW*, Alemanha: AFP, act. 2019, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a%C3%A7%C3%A3o-coletiva-contra-volks-re%C3%Bane-370-mil-na-alemanha/a-46950311>.

ESTADÃO, *Jornal do Carro*, Belo Horizonte: Thiago Lasco, act. 2019, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://jornaldocarro.estadao.com.br/carros/vw-bonus-ilegal-dieselgate/>.

GLOBO, *G1 Auto Esporte*, Alemanha: France Presse, act. 2018, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://g1.globo.com/carros/noticia/2018/11/01/volkswagen-enfrenta-primeiro-processo-coletivo-na-alemanha-por-dieselgate.ghtml>.

_____, *G1 Auto Esporte*, Estados Unidos: Reuters, act. 2018, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://g1.globo.com/carros/noticia/justica-alema-obriga-volkswagen-a-abrir-arquivos-sobre-o-dieselgate.ghtml>.

_____, *G1 Minas Gerais*, Belo Horizonte: Bom Dia Minas, act. 2018, [consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/entrega-do-novo-distrito-de-bento-rodrigues-e-prevista-para-2020-diz-presidente-da-renova.ghtml>.

_____, *O Globo Economia*, Frankfurt: AFP, act. 2018, [consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/comeca-na-alemanha-julgamento-da-volkswagen-pelo-dieselgate-23054291>.

_____, *O Globo Economia*, Rio de Janeiro: O Globo, act. 2016, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/carros/ex-chefe-da-volks-recebeu-mails-sobre-carros-adulterados-18797403>.

R7, *Notícias*, Brasil: R7, act. 2015, [consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/fotos/nao-foi-a-primeira-vez-conheca-15-desastres-com-barragens-que-deixaram-milhares-de-mortos-06112015#!/foto/1>.

SAPO, *Pplware*, Portugal: Vitor M, act. 2019, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://pplware.sapo.pt/motores/volkswagen-recolher-carros-diesel-europa/>.

TERA AMBIENTAL, Tera Ambiental, Jundiaí: Tera Ambiental, act. 2015, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.teraambiental.com.br/blog-da-tera-

ISSNe 2595-1602

ambiental/caso-volkswagen-esc%C3%A2ncara-a-import%C3%A2ncia-do-cumprimento-das-leis-ambientais>.

UOL, *Folha de São Paulo*, Berlim: Reuters, act. 2018, [consult. 15 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/volkswagen-enfrentara-acao-coletiva-na-alemanha-por-escandalo-do-diesel.shtml>.

_____, *Notícias*, São Paulo: Alex Tajra, act. 2019, [consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/02/06/indenizacoes-pendentes-e-ninguem-preso-3-anos-apos-a-tragedia-de-mariana.htm>.

VOLKSWAGEN, *Volkswagen AG*, Wolfsburg, act. 2019, [consult. 7 Mai. 2019]. Disponível em: <https://www.volkswagenag.com/de/group/portrait-and-production-plants.html>.

ISSNe 2595-1602

ADOÇÃO INTUITU PERSONAE SOB A ÓTICA DA AFETIVIDADE EM DETRIMENTO À ORDEM CADASTRAL

Verônica da Silva Aleluia Berbert[1]

RESUMO: Este trabalho abordará o tema do instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, mas especificamente a modalidade da adoção personalíssima ou consensual como queiram. Essa modalidade de adoção versa no sentindo de que foge as regras das adoções realizadas pela ordem cadastral, onde crianças e adolescentes aguardam por uma família que se enquadrem ao seu perfil, para saírem do abrigo e ter uma pequena convivência com a família substituta, que se cadastram em lista conhecida como fila de adoção. No entanto, o tema não deve ser confundido com adoção à brasileira, que é uma adoção ilegal, mas sim, uma adoção diferenciada, da qual os próprios genitores do infante ou adolescente, por sua própria vontade, por motivos diversos e não específicos, decidem entregar a uma determina pessoa ou uma família certa e determinada para que possam adotar seu filho.

Palavra - Chave: Evolução histórica da adoção; Realização da adoção pela ordem cadastral; Adoção intuito personae ou consensual; Adoção à brasileira; princípios do melhor interesse e proteção integral

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda em Direito, Membra da Comissão de Compliance IBRAPEJ, vevealeluia@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios civilizações recorriam ao instituto da adoção, até o presente momento ela continua em voga, no entanto com diversas modalidades e uma delas trazendo à baila a questão da afetividade na modalidade da adoção intuito personae, em detrimento da adoção realizada pela ordem cadastral. Com enfoque aos princípios da proteção integral e a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, em obediência ao artigo 227 da Constituição Federal/88, sendo um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, direitos à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, bem como à convivência familiar e colocá-los a salvo de toda discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em linhas gerais, o instituto da adoção fundamenta- se na inteligência do artigo 45 da Lei 8069/90, que dispõe que "adoção depende do consentimento dos pais ou representante legal do adotado", sendo dispensável, quando os pais do infante ou adolescente forem desconhecidos ou destituídos do pátrio poder.

A ordem cadastral, no entanto, pode-se observar que não vislumbra a afetividade como parte essencial nos trâmites da adoção, uma vez que antes do afeto existe uma "escolha" de um perfil de certa criança no imaginário do adotante, ocorrendo assim uma burocratização no momento tão importante da vida de uma criança ou adolescente.

Nessa modalidade, deverá existir uma compatibilidade entre a escolha prévia do adotante e a suposta criança ou adolescente dentro dos moldes estabelecidos na escolha.

Mister ressaltar que, na modalidade da adoção intuito personae, o processo é diverso da adoção pela ordem cadastral, pois o afeto é que move todo o contexto da adoção, pois na grande maioria, os adotantes já estão em convivência com a criança ou até com aguarda provisória.

Neste sentido, a criança já faz parte do seio familiar como parte integrante desta, e os laços de amor e afeto já existem. Além disso o desejo de adotar e unicamente para que esteja de acordo com lei.

Deve-se dizer que, a adoção é instituto antigo e desde tempos remotos civilizações realizavam a adoção no intuito de dar continuidade à família. Questões sucessórias e religiosas motivavam a adoção e os filhos adotados tinham os mesmos direitos como se filho legítimo fossem, como nos dias atuais, em que não há discriminação e nem distinção entre os filhos.

Em linhas gerais, a modalidade da adoção intuito personae não poderá em hipótese alguma ser confundida com adoção à brasileira, sendo esta última ilícita, ainda que em alguns julgados entendam cabível o perdão judicial, se comprovar que fora motivada por grande nobreza essa adoção e ato de registrar como seu filho de outrem sem seu consentimento.

O objetivo geral, deste presente trabalho, é trazer a baila que, embora a adoção pela ordem cadastral seja de suma importância para que se tenha controle do sistema de adoção bem como a situação dos adotante e dos adotados, não se pode olvidar que a adoção intuito personae, é extremamente benéfica para ambos envolvidos, embora em linhas gerias é como não se

ISSNe 2595-1602

respeitasse a fila da adoção. No entanto, o que ocorre nesses casos, é outra realidade de adoção, qual seja, a realidade do amor que chega primeiro.

O tema tem por escopo, a afetividade, motivo relevante na vida de uma criança ou de um adolescente, que necessitam de crescimento digno para uma formação de caráter probo e um cidadão de bem, pois família é base da sociedade. O objetivo geral é analisar que a adoção intuito personae é tão benéfica quanto a adoção que segue à ordem cadastral. E ainda traz os objetivos específicos, quais sejam analisar os procedimentos para a realização da adoção que segue a ordem cadastral, explicar como é realizada a adoção intuito personae no ordenamento jurídico brasileiro, discutiu-se sobre os princípios norteadores ao tema e por fim o entendimento da doutrina e jurisprudência.

A metodologia empregada para que os objetivos fossem alcançados foram as pesquisas bibliográficas, de bases doutrinárias, legislativa e jurisprudencial.

Inicialmente, aborda-se sobre a evolução histórica do instituto da adoção.

Na segunda seção do trabalho trata-se da realização da adoção pela ordem cadastral, trazendo uma breve síntese da nova versão de cadastro nacional, que está sendo implementada no Brasil desde o mês de agosto do presente ano.

Na terceira seção discute-se a adoção intuito personae ou consensual propriamente dita, diferenciando-a da adoção à brasileira sendo essa última criminosa.

Na quarta seção, analisa-se a diferença, entre adoção intuito personae como a supramencionada adoção à brasileira, bem como as consequências no âmbito jurídico penal.

E por fim, e não menos importante a quinta seção, trata-se dos princípios norteadores da adoção quais sejam, a proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente, e a visão jurisprudencial e doutrinaria como enfoque ao tema abordo bem como a suas interpretações em relação as mães que entregam a adoção seus filhos.

ISSNe 2595-1602

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO

O Instituto da adoção é antiguíssimo, e teve uma significativa evolução até os dias atuais. Civilizações remotas recorriam ao ato de adotar a fim de dar filhos a quem não podia tê-los, exclusivamente para que não viesse a ser extinto os cultos familiares, ou seja, a adoção estava associada a religião, naquela época.

Essas civilizações acreditavam, que os mortos deveriam ser cultuados por seus descendentes e aqueles que não os tinham, tratavam de adotar com o propósito de dar continuidade as suas crenças religiosas.

O Código de Hamurabi tratou sobre a adoção, bem como o Código de Manu, que citado por Fustel de Coulanges diz que “Aquele em que a natureza não deu filhos pode adotar um, para que não cessem as cerimônias fúnebres. ”

Os Romanos, no entanto, não tratavam a adoção unicamente para eternizar a religião também traziam o viés da política e da econômica. Quando um indivíduo era

adotado, ele perdia total vínculo com sua família biológica, porem a grande preocupação estava no sentido de que caso a pessoa viesse a morrer sem herdeiros, seus bens eram herdados pelos senhores feudais ou pela igreja, foi uma época difícil para o adotado onde quase nenhum direito lhe era conferido.

A bíblia sagrada também trouxe relatos nas suas escrituras sobre o tema adoção, em seu livro de Deuteronômio, conta a história da adoção de Moisés, que para não ser morto, pelos egípcios, sua mãe o coloca dentro de um cesto à beira do Rio Nilo, onde a filha de Faraó se banhava e ao encontra-lo, o tomou para si, e mais tarde adotou - o como filho.

No Brasil, a adoção foi defendida por Napoleão Bonaparte, pois também não podia ter filhos, e o Código Frances teve uma grande influência nesse quesito.

Sempre houve no Brasil, legislações que cuidavam da adoção, embora Flávio Tartuce adverte que acaba criando uma instabilidade jurídica no instituto da adoção por tantas evoluções, e diz "a adoção talvez seja o instituto de Direito de Família que mais tenha sido objeto de alterações estruturais e funcionais com passar do tempo"[...][2].

Nesse sentido, Flávio Tartuce dispõe que foi com o Código Civil de 1916, que cuidou expressamente da adoção simples, civil ou restrita, em caso de adoção de maiores, sendo ab-rogado seu dispositivo e assim trazendo o Código Civil de 2002 da qual cuida, das adoções tanto de maiores quanto de menores de 18 anos .[3]

A Lei 3.133/1967 altera os artigos do Código Civil, para uma maior aplicabilidade ao tema, oito anos mais tarde, foi promulgada uma nova legislação a Lei 4.655/1965, para trazer um novo paradigma a adoção, difundindo assim uma melhor e mais profunda interpretação, para que houvesse uma interação com as famílias e o novo membro dela, o adotado. Noutro giro, o Código de Menores a Lei 6.697/1979, trouxe binômio da adoção, e discute adoção plena (estatutária para casos de menores crianças e adolescentes tratadas pelo ECA) e adoção simples (civil ou restrita para casos envolvendo maiores tradados pelo Código Civil de 1916), ou seja, baseada nos critérios de idade dos adotados. Por fim, a Constituição Federativa do Brasil em 1988, traz em seu bojo uma nova roupagem ao Direito de Família, por conseguinte a adoção, inserindo no ordenamento jurídico pátrio o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) Lei 8.069/1990, combinado com o novo Código Civil brasileiro de 2002, trazendo o regime jurídico único para adoção que é a realização pela via judicial.

Flávio Tartuce menciona que além de toda essa evolução, para ele ainda existe dúvidas, e por isso foi promulgada uma nova legislação a Lei 12.010/2009 a Lei conhecida como Lei Nacional da Adoção ou Nova lei de adoção, que revogou assim vários dispositivos do código Civil de 2002, a saber: os artigos 1.620 a 1.629, consolidando assim o que dispõe no Estatuto da Criança e do adolescente.

Adoção tem origem latina, de *adoptio,* seu significado em português "tomar alguém como filho. "

ISSNe 2595-1602

Para Carlos Roberto Gonçalves, "Adoção é ato jurídico solene pela qual recebe em sua família, na qualidade de filho pessoa a ela estranha"[4] Em sua concepção, todos os autores reconhecem o caráter de uma *fictio iuris.*

Para Pontes de Miranda "adoção é ato jurídico solene pelo qual se cria entre adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação.[5] Para Caio Mario da Silva Pereira, por seu turno, conceitua adoção como "ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim".[6] E a não menos importante talvez a autora que mais cuidou em trazer conceituações sobre adoção Maria Helena Diniz, em seu entendimento, embora autores digam que seus conceitos são baseados de outros doutrinadores, ela diz que "adoção e ato jurídico solene pelo qual, observados, os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício que, geralmente, lhe é estranha. [7]

3. A REALIZAÇÃO DA ADOÇÃO PELA ORDEM CADASTRAL

Para que seja efetivada a adoção são necessários alguns pré-requisitos para sua realização. Tal procedimento deverá seguir critérios para uma adoção segura.

Seguir as normas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância, pois a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 227 garante a criança e ao adolescente, prioridade ao direto à vida, à saúde, à educação, alimentação, laser, dentro outros direitos.[8]Mas o grande norteador da adoção, é a Lei 8.069/90 o Estatuto da Criança e do Adolescente, comumente chamado de ECA.

Frisa-se que, após a autorização do juiz o adotado é inserido em definitivo no seio da nova família, perdendo todos os vínculos jurídicos com a família biológica, através da destituição do pátrio poder, que poderá ser ajuizada antes mesmo do processo de adoção, onde a criança ao ser levada para o abrigo, caso não se saiba onde estão os pais, ou estes venha a estarem falecidos ou comprovadamente por estudo dos profissionais da área, detectem indícios para que sejam os pais destituídos do pátrio poder, só então depois disso, o infante e o adolescente se tornam aptos para adoção.

O ato de adotar está intimamente ligado ao ato de amor ao próximo, a solidariedade, vislumbrando tão somente a satisfação da criança e do adolescente, a condições dignas, como foram elencados no artigo supracitado da Constituição/88, e o tão discutido princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o melhor interesse da criança e do adolescente e a proteção integral desta.

ISSNe 2595-1602

O indivíduo, ao tomar a decisão que de fato quer adotar, por inúmeros sentimentos pessoas motivadores para tal ato, deve- se primeiramente dirigir-se a uma Vara da Infância e Juventude de sua Cidade, para que então lá, faça seu cadastrado no CNA (Cadastro Nacional de Adoção), munido de toda a documentação necessária, a exemplo, documentos pessoas RG, CPF, certidão de nascimento ou casamento, comprovante de residência, comprovante de rendimentos e ou equivalentes, declaração médica de sanidade mental, bem como certidões civil e criminal.[9] Após a entrega dos documentos o candidato, passa por inúmeras preparações psicossociais e jurídicas, aulas semanais por lapso temporal de 2 (dois) meses, nesse início, o candidato estabelece o perfil da criança que deseja adotar, onde passa por uma avaliação do Ministério Público, que emite um parecer, onde após isto, o candidato deverá procurar o DSS (Divisão de Serviço Social) da própria Vara da Infância e Juventude onde foi buscar a possibilidade de adotar, então por derradeiro o Juiz da Vara da Infância e Juventude concede ou não a certidão de habilitação, com previsão de duração por 60 (sessenta) dias.[10]

No entanto, após seu nome ser devidamente incluso no Cadastro e habilitado, o candidato a adoção recebe de um certificado de 2(dois)anos que poderá se apresentar nos abrigos, ou aguardar uma criança compatível com seu perfil caso esta apareça o candidato é comunicado.[11]

O que chama atenção no presente quesito de adoção pela ordem cadastral é o momento da habilitação o candidato ao ser comunicado da existência de uma suposta criança com as características desejáveis ao candidato, então, iniciando uma pequena convivência entra as partes envolvidas adotantes e adotadas, ocorrendo, algumas visitas no próprio abrigo onde a criança ou adolescente se encontra, criando assim uma falsa expectava das partes, pois o adotante poderá optar por não prosseguir com adoção, bem como o adolescente poderá ser ouvido caso não deseja ser adotado, assim dispõe o artigo 28 paragrafo 2º do Estatuto da Criança e do adolescente que diz: ”Tratando-se de maior de 12(doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência”, Maria Berenice Dias em sua obra *Manual de Direito das Famílias,* diz o seguinte:

> Há uma exigência particularmente perversa incentivar de forma obrigatória o contato da criança e do adolescente que se encontram institucionalizadas[...] além expo- los a visitação, pode gerar neles e em quem as quer adotar falsas expectativas. Afinal, a visita é tão somente para candidatar-se a adoção.[12]

Caso as visitas, bem como as interações sociais corram bem entre adotante e adotado e o estágio de convivência que também é relevante, o candidato através de um advogado ou defensor público, poderá ajuizar a Ação de Adoção, com respaldo na Lei de adoção, para garantir uma tramitação prioritária dos processos, sob pena

ISSNe 2595-1602

de responsabilidade (ECA 152 parágrafo único), recebendo assim a guarda provisória que não exime ainda do estágio de convivência acompanhado por profissionais de apoio técnico do juízo. Após a sentença do juiz e transitada em julgado, o adotado passa ser definitivamente membro da nova família, sendo deferido pelo juízo competente um novo registro de nascimento com sobre nome de sua família adotiva, passando assim a possuir todos direitos adquiridos em iguais condições como se filho de sangue fosse.

Diante dos inúmeros desafios que o cadastro de adoção traz e que perduram por uma década, até que se concretize a adoção, existe uma burocratização, que muitas vezes a criança completa a maioridade sem nunca ter tido a chance de ser adotada, e saem do abrigo sem menor perspectiva de lar, família, apoio e amor, vão para ruas encarar a sociedade como "selva", questiona sobre isso Maria Berenice Dias, que diz: "A enorme burocracia que cerca a doção faz com que as crianças se tornem "inadotáveis"[...]"[13]

No texto extraído do cnj.jus.br, menciona que em agosto de 2018, o cadastro nacional de adoção, coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de justiça, realiza uma nova versão de cadastro, para facilitar a doção de 9 mil crianças que aguardam por uma família em instituições de acolhimento em todo pais, o sistema ainda está sendo implementado gradativamente em algumas comarcas. O intuito dessa implementação trazida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, é justamente dar prioridade a criança a colocando na condição sempre de sujeito do processo, na busca de uma família para ela e não o contrário.

Enquanto isso, o cadastro nacional, segue suas formalidades atuais, até que seja implementando em definitivo em todo Brasil.[14]

4. DA ADOÇÃO INTUITO PERSONAE OU CONSENSUAL

A adoção intuito personae, ou consensual, consiste na ação pela qual os pais biológicos por sua livre e espontânea vontade, escolhem pessoa certa e determinada, para adotar seu filho, comumente são realizadas pelas mães, e geralmente a entrega da criança e para um conhecido, como por exemplo, um patrão, um vizinho, um amigo assim por diante. Jamais poderá ser confundida com adoção à brasileira, que é uma adoção irregular sem respaldo da lei, nesses casos quando um indivíduo acolhe a criança e registra como se filho seu fosse comete o ato ilícito.

Embora alguns julgados, entendem que poderá haver um perdão judicial, e esse indivíduo vem a ser absolvido do crime contra o estado de filiação, crime descrito no código penal, artigo 242 [..] registrar como seu filho de outrem, pena de reclusão de dois a seis anos, no entanto no parágrafo único do diploma repressivo brasileiro, diz que, se o crime for praticado por motivo de reconhecida nobreza, terá

ISSNe 2595-1602

aplicada sua pena ou juiz poderá deixa de aplicar a pena[15] se avaliar que o caso concreto, foi movido por intenso envolvimento de afeto entre o irregular e a criança, nestes casos será reconhecido o perdão judicial. A preocupação do judiciário em proteger e fiscalizar essa ação são por ocorrência de inúmeros casos de tráfico de crianças.

Por todo o exposto, a adoção intuito personae não se comparar com adoção supramencionada. De modo geral, para toda adoção deverá haver o consentimento dos pais biológicos. Na concepção de Maria Helena Berenice Dias, adoção intuito personae ou dirigida como ela assim classifica, não necessariamente ocorre, quando os pais biológicos desejam que uma pessoa certa ou sua conhecida adote seu filho, podendo então assim ocorrer essa modalidade de adoção dirigida, a determinação de alguém em adotar uma certa criança, "Chama-se adoção intuito personae ou adoção dirigida, quando há desejo de a mãe entregar - lo a determinada pessoa. Nesse sentido, Maria Berenice Dias assevera:

> E nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar seus filho. Às vezes é a patroa, /ás vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou a retidão de caráter, que a mãe acha que seriam os pais ideais para seu filho.[16]

Também é assim chamada determinação de alguém em adotar certa criança "[17] a exemplo disso, pessoas que trabalham em instituições que abrigam as crianças criam vínculo de afeto com a criança institucionalizada, há aqueles que encontram o bebê no lixo, ou seja, outras possibilidades da adoção intuito personae.

Noutro giro, adoção intuito personae encontra algumas ressalvas, pois a rigor da adoção pela ordem cadastral, seria a mais aceita, porém nada mais é que uma forma de controle, para que se saibam o perfil de pessoas que querem adotar, e o perfil de crianças que são mais adotadas. São pessoas que manifestadamente indicam seu interesse em adotar e aguardam na "fila da adoção". No entanto a fundamentação legal, para adoção intuito personae, se baseia no melhor interesse da criança e do adolescente bem como na proteção integral baseados no artigo 227 da Constituição Federal/88, o artigo 45 do ECA dispõe que adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotado e prossegue no parágrafo 1º que dispõe, o consentimento será dispensado em relação a criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituído do poder familiar[18]

Em suma, o artigo 166 do ECA, traz em seu conteúdo os procedimentos para aquele que está adotando pela via intuito personae, onde é bom que se faça uma petição em cartório pelos próprios requerentes sem mesmo assistências de advogado.

ISSNe 2595-1602

Esse procedimento é importante, pois caso o Membro do Parquet descubra antes mesmo de dar início ao pedido de adoção, eles realizam busca e apreensão do infante o que se torna algo muito prejudicial, para ambos os envolvidos, que já criaram laços de amor e afeto, então a criança que antes tinha um lar e uma família, torna- se institucionalizadas sem antes o Ministério Público investigar o melhor interesse dessa criança, colocando -a disposição da lista de adoção.

Mister ressaltar que, aquele que detém a guarda legal, tem prioridade de adotar a criança que já está em seu seio familiar, obviamente não poderá desrespeitar as regas legais, como prioridade absoluta do vínculo afetivo, não ser menor de 18 anos, possuir 16 anos de diferença entre adotante e adotado, participar do estudo psicossocial, pois o processo deverá ser multiconcentrado, para haver a habilitação, dispensando assim unicamente o cadastro da fila de adoção,[19] pois esse pai, não quer adotar outra criança, se não a mesma, que já nasceu de sua alma e coração.

5. DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Nesse viés, a adoção à brasileira como já foi dito anteriormente é crime, chama-se dessa forma pejorativa, associando – se ao "jeitinho brasileiro" de conduzir a vida em sociedade e até mesmo "jeitinho brasileiro de adotar", ou seja, fora dos regulamentos legais, que nada mais viável para que aja uma adoção responsável e segura.

O que impulsiona esse tipo de adoção, que não podemos chama-la de modalidade por ser ilícita, é o fato notório da burocratização e demora da adoção no Brasil. Pessoas não seguem as regras legais, e recorrem a subterfúgios de má fé não esperam os tramites legal e recorrem pelas vias rápidas e irregulares, registrando assim em seu nome filho alheio como seu.

Tipificada no diploma repressivo brasileiro o Código Penal, em seu artigo 249, como já foi dito, é tipificado como crime contra o estado de filiação.

A grande preocupação do Estado, que têm precipuamente o dever de proteger as famílias é justamente essa, tutelar para que não aja margens a crimes no seio familiar, como por exemplo, vantagens ilícitas como o tráfico de crianças.

A exemplo, seriam os pais biológicos por intermediação de um terceiro, que recebe vultosa quantia por essa transação, e ainda os próprios pais que também recebem vantagens por dar seu filho à outrem.

Casos como estes, ocorrem com muita facilidade mais do que se imagina, pelo simples fato da Lei 6051/73 de registro civil de pessoas naturais não possuir uma fiscalização contra isso, e permitir que basta se declarar pai ou mãe do recém-nascido, para que se registre em seu nome como seu filho.

Também pode - se falar do crime de falsidade ideológica trazido pelo artigo 299 Código Penal decreto lei 2.848/1940, que assevera a omissão em documento

ISSNe 2595-1602

público e particular declaração que nele deveria constar ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser.[20]

Apesar de todo o olhar criminal para adoção à brasileira, caso seja constado relevante nobreza, o código penal menciona que o juiz deixará de aplicar a pena, observando critérios específicos ao caso. Maria Berenice Dias diz:

> Há uma prática disseminada no Brasil – daí o nome eleito- de o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente o registrando como se fosse seu descendente. Ainda que este agir constituía crime contra o estado de filiação (CP242). Pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir é concedido o perdão judicial.[21]

6. PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL E A VISÃO JURISPRUDÊNCIAL DA ADOÇÃO

O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, embora ao lermos seja autoexplicativo, ou seja, trata-se de algo mais interessante para vida do infante, no que tange, sua permanência ou não com a nova família. A doutrina menciona que os filhos nos dias atuais passam a ter direitos e deveres. Assim menciona Adrea Rodrigues Amim *at al*:

> O Princípio do melhor interesse tem origem na figura do parens patriae do antigo direito inglês, vinculado a guarda de pessoas incapazes e de suas eventuais propriedades.[22] As legislações sempre utilizaram esse princípio para nortear os julgamentos que envolvessem disputas sobre filhos, a fim de proteger os incapazes.

ISSNe 2595-1602

No direito internacional, também se opera o referido princípio, bem como no direito interno as legislações extravagantes a exemplo lei de divórcio no artigo 10, trata do tema, o extinto código de menores também trouxe o referido princípio, até que a Constituição Federativa do Brasil/88 em seu artigo 227, acolhe o princípio e ainda o princípio da proteção integral. O Código Civil de 2002, ao trazer expressamente em seus artigos 1583 a 1590 quando dispõe da proteção da pessoa dos filhos, também é uma referência ao princípio aqui discutido.

O princípio do melhor interesse inegavelmente trata-se de um princípio subjetivo, pois através de uma análise criteriosa de juízes e membros do Parquet, estudam casos diversos, sendo cada caso um caso distinto.

Nessa seara, o princípio da proteção integral encontra- se respaldo e fundamentação jurídica no artigo 227 da Constituição Federativa do Brasil, que determina prioritariamente os direitos fundamentais das crianças e adolescentes,

que atingiu seu ápice histórico, não sendo um devaneio jurídico, devendo assim ser respeitado com o devido rigor.

Para doutrina de Andrea Rodrigues Amin dispõe que "Para essa doutrina, a população infante - juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas aos dos adultos".[23]

Diante de todo o exposto, os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da proteção integral, complementam- se entre si, para que seja efetivado os direitos fundamentais do infante e do adolescente.

A jurisprudência vem possuindo um entendimento pacífico e dando provimento aos casos de adoção intuito personae. No renomado livro da autora Maria Berenice Dias, ela traz menção a uma jurisprudência de Santa Catarina na qual o MP, agrava da decisão, alegando não ser cabível a adoção visto que os agravados, não constavam seus nomes na lista de cadastro de pessoas com interesse em adotar, ora, uma vez que adoção intuito personae, não possui este escopo, pois os grandes casos trazem pessoas que se quer pensaram em adotar um dia, mas foram envolvidas por um terno sentimento.

A jurisprudência que vem descrita no renomado livro de Maria Berenice Dias, negou recurso do MP, sob a fundamentação do melhor interesse da criança visto que estava comprovado sua convivência por 12 meses, e era inegável os laços socioafetivos, bem como menciona que era impossível o Estado Juiz intervir no seio familiar.[24]

No Estado do Rio de Janeiro, recentemente houve julgamento datado em 29/03/2016, da oitava câmara cível, a Des (a). Mônica Maria Costa Di Piero em seu voto parcial, no agravo de instrumento da ação de destituição do poder familiar c/c acolhimento da criança c/c aplicação de mandado de busca e apreensão, traz em seu escopo o caso concreto de uma criança, que vive com seus pretensos adotantes desde seu nascimento, onde fora entregue pela mãe biológica, ao casal das quais já possuíam relações de amizades pretéritas.[25]

Em decisão Ministerial, entenderam pela busca e apreensão da criança, por não admitirem a adoção intuito personae, no entendo a mãe biológica da criança, afirmou não possuir condições dignas de manter seu filho sendo assim, sua atitude não pode ser jamais comparada com abandono e sim um ato de grande amor, já que a mesma têm consciência que o melhor para seu filho, é ter uma família que possa dar uma vida digna e uma nova realidade de vida, a adoção intuito personae não é vedada no nosso ordenamento jurídico pátrio sendo amplamente aceita.

As jurisprudências têm de fato dado relevância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo assim o direito destes a terem uma família, uma vida digna, tendo em vista que os acolhimentos em instituições somente devem ocorrer em caos excepcionais. E o caso foi parcialmente provido,

ISSNe 2595-1602

onde permitiu a criança o direto a permanência sob guarda provisória dos pretensos adotantes que já conviviam como família desde o início.

Maria Berenice Dias assevera que, em nada impede que a mãe venha escolher quem serão os pais de seu filho, e muito embora a adoção intuito personae não tenha previsão legal não significa que ela por esse motivo seja vedada, basta lembra o que dispões o artigo 1729 do Código Civil de 2002 que dispõe: O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único: A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. Nessa toada, se há o direito de escolher quem irá ficar com seu filho após a morte, não veda- se quem adotar seu filho.[26]

Por todo exposto, a jurisprudência em vários territórios brasileiros vem entendo no sentido de que a adoção intuito personae não é prejudicial para os envolvidos, garante a proteção integral bem como o melhor interesse da criança e do adolescente, e dá respaldo para outra perspectiva, qual seja, a mãe que toma a difícil decisão de entregar seu filho, sim, uma decisão difícil, pois não importa as circunstâncias mãe será sempre mãe e o fato dela entregar seu filho, deve ser compreendido pela ótica do amor, afinal se essa mãe não possui condições, financeiras, às vezes psicológicas, sem estrutura familiar, ao entregar seu filho, torna- se um ato de coragem e altruísmo, querer ver o melhor para seu filho, ainda que seja distante.

Para concluir, a solução para todas as divergências que possam surgir no momento da adoção intuito personae, sem dúvida seria uma legislação específica para tratar do tema, uma vez que envolve a vida de um ser ainda em formação e indefeso, que necessitam de todo o amparo legal. Para que se venha erradicar as adoções irregulares que muitas destas por má fé acabam se tornando em abusos tanto sexuais como psicológicos e tráfico de crianças. No entanto a regra ainda será o que dispõe o artigo 50 do ECA, que é a adoção pela via da Ordem Cadastral.

ISSNe 2595-1602

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a adoção, via de regra, é dar filhos a quem não pode tê-los é dar uma oportunidade de qualidade de vida digna àqueles que por sua vez nasceram em famílias desprovidas de recursos com uma realidade de vida desproporcional à maioria.

Infere-se que a adoção intuito persona é tão benéfica quanto à adoção pela ordem cadastral, uma vez que seu peso maior está no afeto e amor à criança e ao adolescente que está sendo adotada, por trás de toda uma história de vida caótica, onde o novo lar ou nova família poderá trazer-lhes uma nova esperança de vida melhor.

O instituto da adoção é realizado deste a antiguidade, até na bíblia encontram- se relatos de adoção no velho testamento, ato de amor àqueles que não

são de seu sangue, atitude de grande nobreza, amar sem olhar a quem, pois na modalidade intuito personae, não há escolhas pré-estabelecidas nem estereótipos a serem seguidos. O que existe é alma, coração e atitude.

A burocratização da adoção pela ordem cadastral, por seu turno, traz muitas consequências, pode-se dizer negativas, pois criam-se expectativas que muitas vezes não são atingidas. No momento em que se escolhe um perfil para adoção, crianças que não fazem parte deste perfil perdem a oportunidade de terem um lar e uma família. Muitos saem do abrigo na maioridade sem nunca ter dito a chance desse direito adquirido, direito de lar, família etc. O estágio de convivência seria outro modo de expectativas algumas vezes frustradas, pois nesse estágio não se é garantido que a adoção de fato venha ser efetivada. Obviamente, há casos de sucesso na adoção pela ordem cadastral, mas de modo geral existe mais uma vitrine de adoção, do que o afeto propriamente dito.

O que se conclui no presente artigo é que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve- se sobrepor a tudo que foi dito sobre adoção pela ordem cadastral, bem como o princípio da proteção integral, uma vez que existe uma modalidade ilícita de adoção, que é adoção à brasileira, como foi exposto no artigo. A dignidade da pessoa humana deve ser levada em conta, por todo o contexto fático da adoção, onde a dignidade da criança esteja primeiro plano.

Nessa toada, o que se foi discutido no presente artigo não se confunde com infringência de Lei, a adoção intuito personae deve ser seguida nos seus devidos moldes regulares de adoção. No entanto o que se discute são os respaldos que adoção intuito personae pode trazer, das quais as autoridades competentes que fiscalizam a adoção, por exemplo o Ministério Público pode transformar a adoção intuito personae em adoção pela ordem cadastral o que não é saldável para adotantes e adotados, pois quebraria o vínculo e os laços de afeto construídos ao longo do tempo que estiveram em convivência com a guarda provisória.

Por derradeiro, a adoção é ato solene, digno e afetuoso é mudar a vida de alguém, que por sorte do destino encontram uma segunda chance de ser feliz e ter uma vida digna, com iguais condições e direitos de seus irmãos adotivos caso venham a existir. Em contrapartida e trazer felicidade àqueles que não podem ter filhos, ou foram escolhidos pela missão de cuidar, amar e zelar por aqueles que não são sangue do seu sangue, que não nasceram do ventre, mas nasceram do coração.

ISSNe 2595-1602

NOTAS REFERÊNCIAIS

[2] TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*: Direito de Família v5. ed 13, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p 494

[3] TARTUCE.op.cit, p494

[4] Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, Direito de Família v.6, ed15. São Paulo: Saraiva Educação, 2018,p 374

[5] Miranda, Pontes,2018 apud GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, Direito de Família. v6. ed15. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p374

[6] Pereira, Caio Mario 2018 apud GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família, v6, 15 ed. São P aulo: Saraiva Educação, 2018. p374

[7] Diniz, Maria Helena, 2018 apud. GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família, v6. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p374

[8]Entenda como funciona o cadastro nacional de adoção, 3.2014. Brasilia. G1.Globo.com. Brasilia 2014. Disponível em < http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/entenda-como-funciona-o-cadastro-nacional-de-adocao.html.> Acesso em 10 de setembro de 2018

[9] Procedimentos para adoção aspectos gerais. Portaltj.tjrj.jus.br. Rio de Janeiro. Disponível em http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/inf-juv-idoso/cap-vara-inf-juv-idoso/adocao/procedimentos Acesso em 11 de Setembro de 2018

[10] Procedimentos para adoção aspectos gerais. Portaltj.tjrj.jus.br. Rio de Janeiro. Disponível em http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/inf-juv-idoso/cap-vara-inf-juv-idoso/adocao/procedimentos Acesso em 11 de Setembro de 2018

[11] BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Rideel.2016

[12] Dias, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias* . ed9.São Paulo: Revistas dos Tribunais,2013 pag.521

[13] DIAS, op.cit,p519

[14]Novo cadastro de adoção será lançado nacionalmente em agosto, 7.2018. Notícias CNJ. 2018. Disponível em< http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87169-novo-cadastro-de-adocao-sera-lancado-nacionalmente-em-agosto>

[15] BRASIL. *Código Pena(1940).* ***Código Penal****. São Paulo: Redeel.2016*

[16] DIAS, op.cit. p510

[17] DIAS, op. Cit. p.510

[18] BRASIL, ECA.(1990). Estatuto da Criança e do adolescente. 23ed.São Paulo: Rideel. 2016

[19] Fundamentos para adoção intuito personae.2.2017. youtube.2017. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=snC38YNd6rk Acessado em 19 de agosto de 2018.

[20] BRASIL, Código Penal,(1940). **Código Penal** 23.ed. São Paulo: Rideel. 2016

[21] DIAS, op cit. p 509

[22] BORDALLO, Galdino Augusto(ORG). Código Civil do Direito de Família. São Paulo: Freitas Bastos. 2006. P 281

[23]BORDALLO. op.cit.p 283

ISSNe 2595-1602

[24] DIAS, op.cit, p511

[25] BRASIL,Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.56> Agravo de Instrumento, Cadastro de Adoção, Adoção Intuito Personae, Criança entregue de forma direta, Manutenção da guarda, Princípio do Melhor Interesse da Criança, Ação de destituição do poder familiar c/c acolhimento da criança c/c mandado de busca e apreensão, Infância e Juventude, Criança sob guarda do casal adotante desde o nascimento. Aplicação do Princípio do melhor Interesse do menor. 29 mar.2016 Acessado em 13 de novembro de 2018

[26]STF admite adoção intuito personae informativo 385. Jusbrasil. Dispoível em< https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/942214/stj-admite-a-adocao-intuitu-personae-informativo-385> CESSO EM 4 de novembro de 2018

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002) **Código Civil.** São Paulo. 23ed. Ridell. 2016.

BRASIL. Constituição Federal (1988) Constituição Federal. São Paulo. 23ed. Ridell. 2016.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) **Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo. 23ed. Ridell 2016**.**

BRASIL. Código Penal (1940) **Código Penal.** São Paulo. 23ed. Ridell. 2016.

BORDALLO, Galdino Augusto. ***Código Civil do Direito de Família.*** 2ed. São Paulo: Freitas Batos, 2006.

DIAS, Maria Berenice**.** ***Manual de Direito das Famílias*****.** 9ed**.** São Paulo: Revistas do Tribunais, 2013.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. ***Direito Civil Brasileiro***. Direito de Família. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. ***Direito Civil***. Direito de Família. 13ed. Rio de Janiro: Forence, 2018.

G1.GLOBO.COM/BRASIL. Entenda como funciona o cadastro nacional de adoção.Disponível em:< http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/entenda-como-funciona-o-cadastro-nacional-de-adocao.html> Acessado em 10 de setembro de 2018.

PORTALTJ.TJRJ.JUS.BR. Procedimentos para adoção aspectos gerais. Disponível em:< http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/inf-juv-idoso/cap-vara-inf-juv-idoso/adocao/procedimentos> Acessado em 11 de Setembro de 2018.

CNJ.JUS.BR/. Novo Cadastro Nacional será Lançado em Agosto. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87169-novo-cadastro-de-adocao-sera-lancado-nacionalmente-em-agosto> Acessado em 10 de setembro 2018.

ISSNe 2595-1602

FABIANO RABANEDA. Fundamentos para adoção intuito personae. Disponível em< https://www.youtube.com/watch?v=snC38YNd6rk>. Acessado em 19 de agosto 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em:< http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.56> Acessado em 20 de agosto 2018.

JUSBRASIL. STJ admite adoção"intuito personae"Informativo 385 Disponível em:https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/942214/stj-admitie-a-adoção-intuito-personae-infomartivo-385 Acesso em 4 de novembro 2018.

G1.GLOBO.COM/BRASIL. Entenda como funciona o cadastro nacional de adoção.Disponível em:< http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/entenda-como-funciona-o-cadastro-nacional-de-adocao.html.> Acessado em 10 de setembro de 2018.

PORTALTJ.TJRJ.JUS.BR. Procedimentos para adoção aspectos gerais. Disponível em:< http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/inf-juv-idoso/cap-vara-inf-juv-idoso/adocao/procedimentos> Acessado em 11 de Setembro de 2018.

CNJ.JUS.BR/. Novo Cadastro Nacional será Lançado em Agosto. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87169-novo-cadastro-de-adocao-sera-lancado-nacionalmente-em-agosto> Acessado em 10 de setembro 2018.

FABIANO RABANEDA. Fundamentos para adoção intuito personae. Disponível em< https://www.youtube.com/watch?v=snC38YNd6rk>. Acessado em 19 de agosto 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em:< http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.56> Acessado em 20 de agosto 2018.

JUSBRASIL. STJ admite adoção"intuito personae"Informativo 385. Disponível em:https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/942214/stj-admitie-a-adoção-intuito-personae-infomartivo-385. Acesso em 4 de novembro 2018.

ISSNe 2595-1602

A LUTA PELO RECONHECIMENTO DO NOME SOCIAL[1]

JAQUELINE PEREIRA DOS SANTOS[2]

RESUMO

Diante da grande dificuldade dos transgêneros em conseguir utilizar seu nome social surge a necessidade de debater o tema na tentativa de buscar meios capazes de solucionar o problema, para tanto, buscou-se nesse artigo analisar o direito da personalidade jurídica ao nome social, bem como as portarias e decretos federais que possibilitam a utilização deste como nome civil. Foi utilizado o método dedutivo, onde se buscou ler e interpretar as produções referentes ao tema, com consulta à doutrina, legislação e jurisprudência. A conclusão que se obteve com esse artigo é que o reconhecimento formal do nome social pelos órgãos públicos, além de tutelar a dignidade dos transgêneros, também gera a inclusão social dessas pessoas, em razão da cessação dos constrangimentos causados com o uso de seu nome civil.

Palavras-chaves: Nome Social. Transgênero. Direito da Personalidade Jurídica.

ISSNe 2595-1602

[1] Tema do congresso: Direito Civil e Comunicação - Subtema do artigo: Direito da personalidade.

[2] Estudante 5º Período Direito – Universidade José do Rosário Vellano. UNIFENAS – Campus Campo Belo/MG. E-mail: jaqueline.do.correio@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento ao uso do nome social é um direito conquistado por pessoas do movimento LGBT (Lésbicas gays bissexuais travestis transexuais ou transgêneros), que lutam dentre outras coisas, contra o preconceito sofrido ao serem chamados por um nome que representa um gênero diverso com o qual a pessoa se identifica, causando dor e sofrimento.

A luta por dignidade, direitos iguais e respeito tem se fortalecido e o direito ao uso do nome social é conferido por meio do Decreto 8727/2016.

Neste sentido, na contemporaneidade, vários tem sido os movimentos dos transgêneros para terem direito à dignidade e assegurar o direito da personalidade, como o direito de ir e vir, o direito de frequentar um sanitário público, trabalho, uma sala de aula ou posições sociais sem serem perturbadas ou discriminadas.

2. OBJETO DO ESTUDO

O objeto do estudo foi analisar o direito ao nome social como sendo um direito à personalidade, para tanto foram identificadas as principais fontes normativas dessa tratativa no direito brasileiro, onde se destacam algumas portarias e a própria legislação civilista.

3. REFERENCIAL METODOLÓGICO

Diante da ausência de legislação específica que discipline o reconhecimento do nome social foram criados diversos provimentos, dentre os quais se destaca o provimento 73/2018 pelo Conselho Nacional de Justiça."[i]

Sobre isso Christiane Vieira Soares Pedersoli[ii] esclarece:

> As resoluções do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, têm sido objeto de grande discussão entre os juristas nacionais, tendo em vista o seu conteúdo polêmico e a amplitude apresentada no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que provimentos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça vêm sendo questionados por alguns doutrinadores, tendo em vista ser o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) um órgão administrativo, contudo, ainda não há legislação específica que seja capaz de lidar com o tema.

ISSNe 2595-1602

Desta feita, ainda é insipiente a legislação brasileira nesse sentido. Antes do Provimento 73 datado de 28/06/2018, para solicitar a alteração via processo de conhecimento era necessário um atestado fundamentado por especialistas, o que tornava ainda mais complexa e vexatória tal situação.

Nessa toada, o Estado Brasileiro deveria além de reconhecer a identidade de gênero, criar lei específica que tratasse sobre a alteração dos documentos, pois existem somente provimentos que tratam do tema.

4. REFERENCIAL TEÓRICO

O direito ao nome é um direito à personalidade e se constitui como essência à própria dignidade da pessoa humana, uma vez que tomamos o significado de personalidade como sendo o conjunto de todos os caracteres permanentes que constituem a individualidade de uma pessoa e que a diferencia de todas as outras nos planos físico, intelectual e moral, assim, notamos claramente que é também por meio do nome que podemos individualizar determinada pessoa, o que evidencia a relação intrínseca entre ambos os termos.

O nome dado a cada um no instante do nascimento, desconsidera o fator subjetivo, psíquico e existencial de cada sujeito, esquecendo que somente a própria pessoa ao longo da vida poderá revelar e afirmar sua identidade e sua forma de estar no mundo. A identidade pessoal refere-se aos atributos específicos do indivíduo. A identidade social recebe propriedades que assinalam o pertencer a grupos ou categorias. Desta forma, nome pode constituir uma representação da identidade adquirida, seja ela reconhecida no momento do nascimento, seja ela no decorrer de suas relações sociais.

A orientação sexual é tida como a capacidade de cada pessoa experimentar atração física ou sexual por indivíduos sejam eles de gênero/sexo diferente do seu. Identidade de gênero, por sua vez é a experiência interna que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo, as expressões corporais, o modo de vestir, de falar e de agir.

4.1 NOME CIVIL, UM DIREITO À PERSONALIDADE

O nome civil é um direito da personalidade previsto no Código Civil de 2002. A personalidade jurídica, por sua vez, é a capacidade de uma pessoa física ou de uma pessoa jurídica de ser sujeito de direito, ativo ou passivo. Em outras palavras, a personalidade civil confere à pessoa natural a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações[iii].

Galante assevera que, a tutela da personalidade “encontra igualmente consagração constitucional, funcionando como guia de orientação e proteção contra eventuais medidas estatais que possam pôr em crise o direito ao livre

ISSNe 2595-1602

desenvolvimento da personalidade" [iv]. Assim, personalidade jurídica é a aptidão a ter direitos e deveres na esfera civil. É uma ficção jurídica atribuída às pessoas físicas (seres humanos) e às pessoas jurídica, como as empresas, associações, o Estado e suas subdivisões[v].

Em um primeiro momento o nome próprio é um nome dado em função daquele que nomeia, dependendo do contexto escolhido pelo desejo dos pais no ato da nomeação, em um segundo momento é o próprio sujeito, ao longo da sua constituição e história de vida, que se nomeia e se identifica nominalmente[vi].

Destarte, considerar-se o nome próprio como um nome de designação e que pertença ao processo de identificação, possibilitando a diferenciação de cada um dos membros de uma sociedade, pode-se afirmar que o nome deve significar um marco de identificação da pessoa.

Sucede que, em algumas situações, o prenome está fortemente vinculado ao sentimento de exclusão e inferioridade, carregado de preconceito social. Por ser o pronome uma palavra que apresenta um forte conteúdo significativo e emocional, daí a necessidade de um olhar interdisciplinar[vii].

A personalidade é um processo resultante de relações entre as condições objetivas e subjetivas do indivíduo, que, inserido numa sociedade singulariza-se e diferencia-se ao ponto de ser único. É um processo resultante da relação do indivíduo com o mundo.

Etimologicamente, personalidade deriva de "*persona*", caráter, pessoa, indivíduo. Personalidade significa o conjunto de todos os caracteres permanentes que constituem a individualidade de uma pessoa, que a diferencia de todas as outras nos planos físico, intelectual e moral. Na Psicologia, personalidade é considerada a função que permite a um indivíduo tomar consciência de si e de perceber a sua própria identidade no tempo. Esta, por sua vez, se configura como um jogo extremamente complexo e contínuo.

Segundo Jacques[viii], a identidade pessoal refere-se aos atributos específicos do indivíduo. A identidade social recebe propriedades que assinalam o pertencer a grupos ou categorias e, ainda, recebe predicativos mais específicos como identidade étnica, religiosa, profissional, etc. O nome próprio nesse contexto pode constituir uma representação da identidade adquirida precocemente no momento em que o sujeito ao nascer é nomeado, como os outros o chamam, tendo, portanto, um caráter restritivo que não abrange a totalidade da identidade daquele que foi nomeado.

Sabendo-se que os fenômenos de constituição do sujeito ocorrem simultaneamente com o grupo e a sociedade em que está inserido, deve-se observar a experiência de cada indivíduo. O sentimento de estar em harmonia com o prenome, não é um capricho, é uma necessidade. Trata-se de identidade e personalidade. O sentimento de ter documentos com um nome diferente do nome com o qual a pessoa se reconhece impõe um sentimento e uma sensação de nulidade[ix].

O nome dado a cada um no momento do nascimento, desconsidera o fator subjetivo, psíquico e existencial de cada sujeito, esquecendo que somente a própria

ISSNe 2595-1602

pessoa ao longo da vida poderá revelar e afirmar sua identidade e sua forma de estar no mundo. O acúmulo involuntário de sentimentos indesejados, frustrações, preocupações e tantas outras situações ao longo da vida influenciam diretamente no aparecimento dos transtornos de ansiedade interferindo nas atividades do cotidiano. Cada pessoa é única e se reconhece com um nome, uma origem no contexto social, uma história de vida, uma biografia. Portanto, não é ninguém ou qualquer um no meio de uma multidão.

Diante disso, algumas entidades já regulamentam o uso do nome social, para troca de nome nos documentos civis, como a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e alguns outros conselhos de classe, como o de Psicologia, por exemplo, além disso diversas universidades e órgãos públicos, entretanto, tal prática é pouco divulgada e o procedimento gera muitas dúvidas.

Não apenas a identidade pode ser alterada, mas todos os documentos do indivíduo, de modo que este se sinta "abraçado" pela legislação vigente, porém o que ocorria antes eram procedimentos vexatórios e humilhantes, pois o interessado passava por um árduo processo até conquistar o tão sonhado e desejado nome social[x].

Para requerer a alteração, se fazia necessário mover uma ação de conhecimento e nela através de fatos, fundamentos e provas substanciais e fundamentais cabíveis, entre as quais podemos citar a apresentação de laudos médicos e outras comprovações de modificações anatômicas ou alterações hormonais, pleiteava-se o pedido pelo rito comum e até que se chegasse a fase decisória, na sentença, um juiz após análise minuciosa da documentação apresentada, determinava se o nome iria ser ou não alterado[xi].

Devido ao tamanho do sacrifício e a exposição pública e notória da vontade da alteração, muitos indivíduos travaram de fato uma "guerra", uma "batalha jurídica" para conquistar um direito simples, inerente à personalidade do indivíduo, o nome, que hoje foi facilitado com a autorização para que tal alteração seja feita em âmbito de cartórios.

Diante da grande novidade, todos aqueles transgêneros que possuem processos em andamento, aguardando decisão, podem imediatamente solicitar o arquivamento do processo e já entrar com o pedido ora pleiteado na via administrativa, fazendo prova perante o cartório do pedido de arquivamento do processo judicial.

4.2. ORIENTAÇÃO SEXUAL DO TRANSGÊNERO

A evolução humana levou os indivíduos transgêneros a desenvolverem desejos diversos, além dos instintos primitivos, e vontades ligadas à personalidade, como a orientação sexual que a doutrina assim define:

ISSNe 2595-1602

> Orientação sexual, é a capacidade de cada pessoa de experimentar atração física ou sexual por indivíduos de gênero/sexo diferente, do seu, além de ter relações sexuais habituais com essas pessoas, diferente da identidade de gênero é definida como: [...] experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (podendo envolver livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros – implantes de silicone, cortes de órgãos, seios/genitais, ingestão de hormônios) bem expressões corporais, o modo de vestir-se, de falar e de agir.[xii]

Nesse contexto, pode-se definir que orientação sexual e identidade caminham em duas vertentes diversas, sendo que uma está diretamente ligada ao aspecto subjetivo do ser humano, e a outra a fatores exteriorizados como a influência do convívio social por exemplo. Ambas levam o indivíduo a ter uma orientação sexual diversa da costumeira adotada pela sociedade[xiii].

Transgênero, por sua vez, é o indivíduo que não se identifica com o sexo definido no corpo em que nasceu, tendo dentro de si, um gênero diferente do sexo externo. Sexo e gênero são distintos entre si, pois o sexo do indivíduo pode ser definido no momento do seu nascimento, sendo masculino e feminino, entretanto o gênero só é percebido no decorrer da evolução de crescimento físico e intelectual do indivíduo, está ligado ao íntimo, as sensações percebidas pelo seu corpo e sua mente, aos desejos de cada um[xiv].

Desde os primórdios definimos a raça humana em dois gêneros, macho e fêmea, porém, foram surgindo novos desejos e a necessidade de se criar normas para atender e adequar, quando o indivíduo deixa de gostar do sexo oposto e passa a ter atração por indivíduos de sexo igual ao seu, dá-se origem ao que chamamos de homossexuais[xv].

No caso dos transgêneros eles se diferem dos homossexuais pelo fato de não somente sentirem atração pelo sexo oposto, mas por de fato se sentirem presos em um corpo diverso do que eles de fato desejam ser, é como se o corpo não fosse o recipiente adequado para o conteúdo exteriorizado.

Fazendo uma analogia para algo rotineiro, é possível comparar os transgêneros aos alimentos transgênicos, estes são organismos geneticamente modificados que receberam um gene de outro ser vivo em seu DNA (Ácido desoxirribonucleico) por meio de técnicas empregadas na biotecnologia para melhor elucidar os fatos, é como se tivéssemos modificações biológicas naturais na vontade do indivíduo humano transgêneros que tem um nome masculino em um corpo feminino ou vice versa, seria tão somente trocar o DNA no alimento transgênico e problema resolvido, no caso dos indivíduos transgêneros faríamos apenas a alteração do nome, adequando a embalagem ao conteúdo.

No que toca à homossexualidade, o emprego de legislações de países como a Holanda, Dinamarca e França já está servindo de suporte às decisões concessivas de direitos. Isso, associado à correta aplicação dos princípios constitucionais da igualdade formal, material e das liberdades, dos quais é corolário o da livre

ISSNe 2595-1602

orientação sexual, revela o caminho adequado ao alcance da solução jurídica para esse famigerado processo de inclusão de minorias.[xvi]

Cabe ressaltar que a constitucionalização do direito à livre orientação sexual é uma realidade em vários países, em outros, como no Brasil, o princípio universal da isonomia é aplicado com correção pelo Judiciário, visando o reconhecimento das uniões entre homossexuais[xvii].

O ordenamento tem o dever de assegurar o pleno respeito à liberdade e à igualdade dos homossexuais, proporcionando-lhes condições normais de vida, afastando os preconceitos e criando mecanismos de combate à discriminação. O Judiciário, por sua vez, deve aplicar o princípio isonômico em sua acepção real, adequando a previsão constitucional aos casos concretos que batem suas portas. O respeito incondicional à Constituição afastaria muito da discriminação sofrida pelos homossexuais[xviii].

No entanto, a injustificada insistência de muitos legisladores e juristas, que demandam normas regulamentadoras a dispositivos cuja auto-aplicabilidade é flagrante, acaba obstaculizando o emprego de um instrumento efetivo de defesa de uma ampla gama de direitos dos cidadãos brasileiros. Já é o momento de alcançar à Lei Maior o status a ela imanente, alçando-a efetiva e derradeiramente ao topo do ordenamento pátrio.

Brasil é um país conservador, onde os legisladores também são conservadores e por razões subjetivas entendem que criar leis e regras que beneficiem a classe dos transgêneros, iria ferir preceitos morais, o que acaba prejudicando a democracia e criando lacunas na lei, o que gera discriminação e preconceito. O legislador não pode se eximir do seu dever de gerar normas benéficas ao cidadão, independentemente de seu juízo de valor, pois a lei serve como mecanismo de inserção social e o estado não pode ser omisso nas questões que fogem dos padrões comportamentais aceitos pela sociedade.

A função do legislador, portanto, é assegurar que os direitos individuais e coletivos sejam cumpridos e não extirpados por questões pessoais e particulares que venham a prejudicar a coletividade, ferindo a democracia. Sendo omisso o legislador poderá até responder administrativamente, uma vez que o Estado Democrático de Direito não pode colaborar para que situações de preconceito e discriminação criem força e impeçam o crescimento dos regulamentos jurisdicionais[xix]. Rejeitar tais indivíduos juridicamente seria colaborar para a exclusão social, algo que o legislador enquanto representante da democracia não pode fazer, pois um governo democrático e faz sem distinção de raça, crença ou gênero, devendo para tanto contribuir para que todos tenham reconhecidos os princípios consagrados pela Constituição Federal.

Para concluir, é imperioso citar uma pequena passagem do voto do Ministro Celso de Melo, que testemunha a refulgência da sua íntegra:

> Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se

ISSNe 2595-1602

> impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República[xx].

O STF (Supremo Tribunal de Justiça) quer na verdade se livrar de um dogma de legislador negativo e valendo-se de decisões interpretativas com eficácia aditiva, permitiu a vigoração do provimento 73/2018 e deste modo resolveu de maneira paliativa um problema antigo onde a lei estava omissa e gerava barreiras para a garantia eficaz de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Diante de tal necessidade, recentemente foi publicado um Provimento 73/2018 pelo Conselho nacional de Justiça."[xxi]

Sobre isso Christiane Vieira Soares Pedersoli[xxii] esclarece:

> As resoluções do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, têm sido objeto de grande discussão entre os juristas nacionais, tendo em vista o seu conteúdo polêmico e a amplitude apresentada no ordenamento jurídico brasileiro.

O provimentos feitos pelo CNJ vêm sendo questionado por alguns doutrinadores, tendo em vista esse ser um órgão administrativo, porém fazendo normas que seguem um rito diverso do habitual adotado pelo sistema tripartite, logo questiona-se se tais normas seriam de fato constitucionais e se teriam validade no sistema jurídico, uma vez que se for julgado algum ADI (Ação Direta de Constitucionalidade) dos referidos Provimentos, os transgêneros voltarão ao " *status quo*", ou seja, sem lei que defina os procedimentos necessários para a alteração de seus nomes, ficando novamente presos a uma decisão judiciária que defina se vai ser autorizada a troca ou não do nome.

ISSNe 2595-1602

4.3. DO PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO NOME

Antes do Provimento 73 datado de 28/06/2018, para solicitar via processo de conhecimento seria necessário um atestado fundamentado por especialistas, para que o indivíduo pleiteasse a alteração de nome em virtude de sua autodeterminação de gênero. O processo era penoso, e humilhante, pois atribui a um juiz o dever de interpretar um direito baseado em laudos e testemunhas e então definir uma sentença favorável para fazer valer um direito inerente à personalidade do indivíduo, um nome que tivesse afinidade direta com o gênero definido pelo indivíduo adulto. Considerando que à luz da Constituição Federal, e do Código Civil o direito ao nome é um direito da personalidade, e este deve ser compatível com a identidade adotada por seu titular.

A inobservância da referida garantia fere diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana[xxiii], o que forçou o legislador a criar normas que regulamentam a identidade de gênero, sem necessidade de qualquer tipo de atestado, modificando assim a exigência de se ter um processo de conhecimento e facilitando a alteração, assim como foi feito com os processos de inventário e de divórcio, onde ambos podem ser feitos à nível de cartório, desafogando o poder judiciário e gerando celeridade ao pedido ora pleiteado.

O Congresso Nacional Brasileiro é conservador ao extremo e totalmente contrário e fechado a discussões polêmicas como o caso abordado. Entretanto, vivemos em um mundo globalizado onde deve haver o respeito a diversidade de gêneros de modo a permitir que cada pessoa possa seguir sua orientação sexual e encontrar sua identidade de gênero[xxiv]. Como dizia Caetano Veloso: "Cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é", sendo assim, percebe-se que o direito ao nome é personalíssimo, não cabendo ao Estado privar a liberdade de escolher o nome que define sua orientação e sua identidade de gênero.

O Estado Brasileiro deveria além de reconhecer a identidade de gênero, criar lei específica que tratasse sobre a alteração dos documentos, pois existe somente um provimento que trata do tema. Além do mais, é obrigação do legislador enquanto representante da democracia criar mecanismos que garantam a correta identificação dos indivíduos para que esta caminhe lado a lado com a identidade de gênero, porém um é tratado de maneira flexível e abrangente e o outro a rédeas curtas, como pode algo aparentemente igual ter tratamento distinto e desigual[xxv].

Nome social, portanto, não é fantasia, não é pseudônimo, não é apelido, é uma maneira de reconhecimento da identidade da pessoa, um mecanismo de promoção de sua dignidade, é um nome de fato, agora reconhecido pelo Direito e que a Lei 8727/16 assim define: "designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida", tal lei apresenta também os procedimentos para o seu registro e amplia a abrangência de seu uso, apesar de estar em vigor no país a referida lei sofre por parte da elite conservadora alguns pedidos de sustação, veja a justificativa da perseguição:

> […] a matéria atinente a nomes, sua alteração ou abreviatura encontra lugar adequado em lei ordinária federal, como, por exemplo, no art. 29, § 1o, "f", da na Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Em outras palavras, o tema deve ser tratado em nível de lei federal e não de decreto, isto é, o âmbito normativo de iniciativas dessa natureza, vez que é matéria reservada à lei ordinária (art. 59, III, da Constituição Federal).[xxvi]

O projeto crítica que o referido Decreto seja uma norma sobre o nome, mas de fato não é, pois o nome social não interfere em nenhum aspecto dos vigentes para o assentamento de registro civil, pois ele diz apenas sobre o nome social e não sobre o nome de registro, são termos parecidos, mas, na prática bem diferentes, se ambos não fossem tão distintos os caminhos para a alteração do nome civil para o nome social seriam mais fáceis e a população *trans* não teria tantos obstáculos erguidos no reconhecimento de seu nome.

ISSNe 2595-1602

A cultura machista, discriminatória e opressora existente no Congresso Nacional impede o exercício do direito das classes oprimidas, pois não leva em consideração a legislação em vigor, mas a opinião pessoal dos magistrados que estão ali para aplicar leis conforme o princípio da isonomia e acabam por discriminar e negar os detentores do direito básico

O poder judiciário atuava com várias linhas de raciocínio, de maneira preventiva e repressiva, a primeira de modo a evitar o dano e situações que possam gerá-lo, a outra atua de forma corretiva, ou seja, mesmo após o dano ter sido gerado, pois a pessoa teve de conviver por diversos anos com um nome que a mesma não se identifica e não era um nome condizente com a situação de sua identidade. Ambas as ações são necessárias com o intuito de impedirem que o direito à integridade moral permaneça sendo lesionado o que acarretaria danos irreparáveis a personalidade do indivíduo, até então, vítima da situação.

4.4. A EXCLUSÃO SOCIAL

O preconceito e o constrangimento são algumas das causas que levam transexuais a abandonar a escola, muitos não completaram sequer o ensino fundamental e na fase adulta acabam sem profissão definida, alguns seguem o caminho da prostituição, onde são “aceitos”, por ser um ambiente considerado pelos transexuais, menos hostil que o próprio ambiente familiar onde sofrem abusos psicológicos pelos próprios parentes[xxvii].

Acionar a justiça como poder autônomo na garantia dos direitos era uma novidade na luta para reverter a cidadania precária, recurso que em meados do século XVIII, na época da Revolução Industrial e no período colonial onde havia escravidão, os negros e os trabalhadores oprimidos não contavam com a proteção do Estado para defender seus direitos como os transexuais contam atualmente. Apesar de ter sido uma forma um tanto quanto burocrática, o apoio do Estado ainda se fazia importante para fazer valer o direito dos “excluídos”, hoje de forma mais célere e simplificada[xxviii].

Na luta por um espaço social mais acolhedor, que não legitime qualquer prática de violência, levantar a discussão sobre identidade e diversidade sexual adquire uma conotação política, sendo preciso problematizar, dentro dos Direitos Humanos, a violência social e institucional praticada contra a comunidade de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais – GLBTT[xxix].

No tocante ao nome civil, este é a feição identificadora da pessoa humana, o sinal caracterizador e indispensável a toda pessoa, categórico de sua personalidade tanto no nível pessoal quanto no aspecto civil, parte integrante da personalidade, por ser o sinal exterior pelo qual se designa, individualiza e se reconhece a pessoa no seio familiar e da sociedade.

ISSNe 2595-1602

4.5. A CONTRAMÃO DO ATO

É plausível que com o advento do Provimento 73/2018 as normas de alteração de nome se tornaram mais fáceis ocorre que a decisão vai contra alguns outros atos realizados em cartórios que já possuem um rito predeterminado. A análise do CNJ se absteve apenas a realizar o desejo dos indivíduos de modo individual, sem consideram que tal fato implicaria em outros dificultadores na vida coletiva.

Pode ser citado como exemplo, a emissão de certidão de nascimento, onde um homem, pai que se tornou transgênero, altera o nome civil e o gênero e se torna mulher, neste caso específico como ficaria a questão da licença maternidade e licença paternidade, em qual dos direitos ele vai se enquadrar já que a lei define prazos diferenciados em função do quesito sexo.

Também o provimento não traz em seu contexto a determinação de alterar os assentamentos dos filhos de um transgênero, afinal o nome na certidão de nascimento do transgênero será outro e o nome do pai/mãe na certidão do filho (a) será outro. Estas são questões que temos de levar à discussão para que se crie normas coletivas e não individuais, pois a simples alteração do nome de uma única pessoa, envolve elementos que afetam uma certa coletividade.

Outro quesito bastante comentado é a questão da aposentadoria, afinal a legislação brasileira também determina prazos distintos para o indivíduo homem/mulher e em nenhum momento o referido provimento se preocupou em dar uma definição se haveriam alterações apenas de nome, não afetando os demais atos previstos no Código Civil, derivados da Constituição Federal e que versam sobre licenças, afastamentos, aposentadorias e que se baseiam em sexo/gênero, o que pode levar a interpretações diversas e gerar expectativas de direito.

Comparando também ao ato de alteração do nome dos transgêneros com a modificação de nome civil, para o tratamento pelo nome notório e público, algo bem comum no meio artístico, a regra é que se mantenham os dois nomes, logo, qual seria o motivo de não se fazer o mesmo no caso dos transgêneros, acaba por ser um tanto preconceituoso ao tentar esconder algo que assim como os artistas também é público e notório, estaríamos dando tratamento diferenciado aos transgêneros, quando o que se propõe seria a igualdade.

O provimento prevê que além do gênero, seja alterado também o sexo nas certidões, algo contrário ao desejo dos transgêneros, pois na verdade é impossível cientificamente falando, que um indivíduo nascido com os órgãos sexuais masculinos, após cirurgia para retirada de tal órgão, implantes de silicone, ingestão de hormônios femininos, com o sentimento interno de ser mulher, ainda assim ele ainda será do sexo masculino.

A ciência ainda não evoluiu suficientemente a ponto de permitir que no mesmo corpo, apesar de ter o sexo alterado no documento, é biologicamente impossível que tal corpo gere uma vida, pois é desprovido de útero, o órgão que define o sexo, logo não devemos falar em alteração deste, mas apenas em alteração de gênero, pois é apenas isto que está em discussão, o próprio nome já diz

ISSNe 2595-1602

transgênero. As prerrogativas previstas para o transexual foram estendidas aos transgêneros, e o CNJ editou e publicou o provimento 73/2018, ocorre que a matéria gênero não é de competência dos cartórios registrais, gênero é auto percebido, não sendo elemento que integre o registro civil de nascimento, neste caso o referido provimento manda alterar além do gênero, também o sexo, o que contraria as prerrogativas previstas do cartório registral que só tem competência para declarar na certidão o sexo do indivíduo e não o seu gênero.

O referido provimento é, portanto, um retrocesso, pois gera lacunas, envolve outros ramos do direito além do civil, como citamos o previdenciário e o trabalhista e gera margem a dúvidas de competências aos oficiais registrais, além de ser um ato meramente administrativo, não tendo sido feito seguindo o rito de lei, passando pelas casas legislativas e pelo sistema tripartite definido como sendo o da real democracia brasileira, logo gera uma série de contratempos, devendo portanto ser reanalisado e readequado aos princípios do atual Estado Democrático de Direito.

5. RESULTADOS DA PESQUISA

As lutas travadas pelo reconhecimento dos direitos das pessoas consideradas “excluídas” na sociedade, tais como: gays, lésbicas, transexuais, transgêneros, negros, mulheres, foram para que fossem aceitas pela sociedade até então machista e preconceituosa.

A diversidade sexual é um direito que deve ser respeitado pelo Estado Brasileiro, uma vez que está prevista na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário. Entretanto o preconceito é a grande barreira a ser transposta para assegurar esses direitos.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

CASSETARI, C. Elementos de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALANTE, F. Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial. Lisboa: Quid Juris, 2010.

SOUSA, R.C. O direito geral da personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Nome e Sexo. São Paulo: Atlas, 2012.

JACQUES, Maria da Graça et al. Psicologia Social Contemporânea: livro-texto. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 161.

MAGALHÃES, Fabiana V. O direito ao uso do nome social. Jus Brasil. Disponível em <https://villelamagalhaes.jusbrasil.com.br/artigos/391645575/o-direito-ao-uso-do-nome-social>. Acesso em abril de 2019.

FONTES, Gustavo Rosa. Bioética e Transexualidade: o sistema jurídico brasileiro e Fundamentos para uma Bioética Queer. Dissertação de mestrado da Universidade do Estado do Amazonas, Manaus: 2014. p. 27.

SCHMIDT, Guilherme de Paoli e CHEMIN, Beatris Francisca. As possibilidades de alteração do nome civil das pessoas naturais. Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado, v. 9, n. 2, 2017.

BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. NOME SOCIAL: Direito de personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? Revista Húmus, Bahia, v. 7, n. 9, p.102-123, 2017. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/ article/ view/ 7005/4411. Acesso em: 30 mar. 2019

CORRÊA, M. V. Sexo, sexualidade e diferença sexual no discurso médico: algumas reflexões. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). A Sexualidade nas Ciências Humanas. Rio de Janeiro: UERJ, 1998.

MARIN, Jeferson Dytz. Princípio da Liberdade de Orientação Sexual, Juruá Editora, 2015.

SPENCER, Colin. Homossexualidade, uma história. São Paulo: Record, 1996.

MARIN, Jeferson Dytz. Princípio da Liberdade de Orientação Sexual, Juruá Editora, 2015.

MARIN, Jeferson Dytz. O Direito à igualdade e o direito à diferença: uma abordagem sistêmica a partir da diferenciação funcional e do paradoxo da unidade múltipla. In: VIAL, Sandra Regina Martini (Org.). Temas atuais em Sociologia Jurídica. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O direito como experiência de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Provimento Nº 73 de 28/06/2018. Atos Administrativos. Brasília, 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503 >. Acesso em mar. de 2019.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 61, n° 192, p. 19-64, jan/mar. 2010. Disponível em <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/476/1/D3v1922010.pdf>. Acesso em mar. de 2019.

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

HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos Humanos e Diversidade Sexual: o Reconhecimento da Identidade de Gênero através do Nome Social. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de Redesignação do estado sexual. São Paulo: RT, 1999.

ISSNe 2595-1602

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de Gênero. In: Maria Berenice Dias (Org.) Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

NOTAS

[i] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Provimento Nº 73 de 28/06/2018. Atos Administrativos. Brasília, 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503 >. Acesso em mar. de 2019.

[ii] PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 61, n° 192, p. 19-64, jan/mar. 2010. Disponível em <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/476/1/D3v1922010.pdf>. Acesso em mar. de 2019.

[iii] CASSETARI, C. Elementos de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.

[iv] GALANTE, F. Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial. Lisboa: Quid Juris, 2010. p. 22.

[v] SOUSA, R.C. O direito geral da personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995.

[vi] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Nome e Sexo. São Paulo: Atlas, 2012.

[vii] GALANTE, F. Da tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial. Lisboa: Quid Juris, 2010.

[viii] JACQUES, Maria da Graça et al. Psicologia Social Contemporânea: livro-texto. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 161.

[ix] MAGALHÃES, Fabiana V. O direito ao uso do nome social. **Jus Brasil.** Disponível em <https://villelamagalhaes.jusbrasil.com.br/artigos/391645575/o-direito-ao-uso-do-nome-social>. Acesso em abril de 2019.

[x] FONTES, Gustavo Rosa. Bioética e Transexualidade: o sistema jurídico brasileiro e Fundamentos para uma Bioética Queer. Dissertação de mestrado da Universidade do Estado do Amazonas, Manaus: 2014. p. 27.

[xi] SCHMIDT, Guilherme de Paoli e CHEMIN, Beatris Francisca. As possibilidades de alteração do nome civil das pessoas naturais. Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado, v. 9, n. 2, 2017.

ISSNe 2595-1602

[xii] BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. NOME SOCIAL: Direito de personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? Revista Húmus, Bahia, v. 7, n. 9, p.102-123, 2017. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/ article/ view/ 7005/4411. Acesso em: 30 mar. 2019

[xiii] CORRÊA, M. V. Sexo, sexualidade e diferença sexual no discurso médico: algumas reflexões. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). A Sexualidade nas Ciências Humanas. Rio de Janeiro: UERJ, 1998.

[xiv] MARIN, Jeferson Dytz. Princípio da Liberdade de Orientação Sexual, Juruá Editora, 2015.

[xv] SPENCER, Colin. Homossexualidade, uma história. São Paulo: Record, 1996.

[xvi] MARIN, Jeferson Dytz. Princípio da Liberdade de Orientação Sexual, Juruá Editora, 2015.

[xvii] MARIN, Jeferson Dytz. O Direito à igualdade e o direito à diferença: uma abordagem sistêmica a partir da diferenciação funcional e do paradoxo da unidade múltipla. In: VIAL, Sandra Regina Martini (Org.). Temas atuais em Sociologia Jurídica. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

[xviii] GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. O direito como experiência de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[xix] BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. NOME SOCIAL: Direito de personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania? Revista Húmus, Bahia, v. 7, n. 9, p.102-123, 2017. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/ article/ view/ 7005/4411. Acesso em: 30 mar. 2019

[xx] STF, ADPF 4275, 2011, p. 246.

[xxi] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Provimento Nº 73 de 28/06/2018. Atos Administrativos. Brasília, 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503 >. Acesso em mar. de 2019.

[xxii] PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 61, n° 192, p. 19-64, jan/mar. 2010. Disponível em <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/476/1/D3v1922010.pdf>. Acesso em mar. de 2019.

ISSNe 2595-1602

[xxiii] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonêt. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

[xxiv] HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos Humanos e Diversidade Sexual: o Reconhecimento da Identidade de Gênero através do Nome Social. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014.

[xxv] SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de Redesignação do estado sexual. São Paulo: RT, 1999.

[xxvi]BRASIL. Projeto de Decreto legislativo n.395, de 2016. Brasília, 2016. Disponível em <https://www.camara.leg.br/sileg/integras/1461984.pdf>. Acesso em abr. de 2019.

[xxvii] HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos Humanos e Diversidade Sexual: o Reconhecimento da Identidade de Gênero através do Nome Social. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014.

[xxviii] SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de Gênero. In: Maria Berenice Dias (Org.) Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

[xxix] SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidades do direito de Redesignação do estado sexual. São Paulo: RT, 1999.

ISSNe 2595-1602

AS INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA: UMA HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Fernanda Nunes Barbosa[1]
Camila Möllerke Santos[2]

Ô seu Manoel, tenha compaixão
Tira nós tudo dessa prisão
Estamos todos de azulão
Lavando o pátio de pé no chão
Lá vem a boia do pessoal
Arroz cru e feijão sem sal
E mais atrás vem o macarrão
Parece cola de colar bolão
Depois vem a sobremesa
Banana podre em cima da mesa
E logo atrás vêm as funcionárias
Que são umas putas mais ordinárias.
(ARBEX, 2019, p. 130)[1]

ISSNe 2595-1602

RESUMO: O presente artigo visa analisar, sob a ótica do direito civil, a eventual responsabilidade do Estado na institucionalização de pessoas em tratamento para patologias psiquiátricas, considerando os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e os documentos internacionais correlatos. Como problema de pesquisa, põe-se a questão dos limites da atuação do Estado no trato das pessoas em situação de vulnerabilidade psíquica, cuja violação pode gerar, em tese, o dever de reparação e compensação do respectivo ente estatal. Assim, analisa-se, ainda que brevemente, o instituto da responsabilidade civil e seus pressupostos, suas excludentes, e as modalidades de conduta ativa e omissiva para fins da dita reparação por parte do Estado. Traz-se à baila, neste contexto, casos concretos que demonstram o retrocesso que seria trazer de volta a lógica manicomial para o Brasil contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Estado – Internação Psiquiátrica – Violação de Direitos Fundamentais – Direitos Humanos.

[1] [1]Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Graduação em Direito da FAPA/UniRitter e do Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter. Editora da Série *Pautas em Direito*/Editora Arquipélago. Advogada. E-mail: fernanda@tjnb.adv.br.
[2] Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito - pelo Centro Universitário Ritter dos Reis em 2011. Defensora Pública Estadual do estado do Rio Grande do Sul. E-mail: camila-mollerke@defensoria.rs.def.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva questionar a eventual responsabilidade civil do Estado em face de indivíduos institucionalizados em hospitais de custódia para tratamento psiquiátrico, considerando a gama de direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana, tais como o direito à integridade física e psíquica, à liberdade de escolha e à vida[2]. Para tanto, abordar-se-á, inicialmente e em linhas gerais, a reforma psiquiátrica brasileira de 2001 [3] e seus modelos de institucionalização voluntária, involuntária e compulsória, realizando-se, ao final, uma análise da instituição e manutenção de clínicas e hospitais psiquiátricos – os antes chamados *manicômios* – a partir da Teoria do Utilitarismo[4], a fim de refletir sobre a necessidade ou utilidade da institucionalização da *"loucura"*[5].

A realidade *ser versus dever ser* deste modelo de tratamento manicomial administrado pelo Estado tende a guardar, não raras vezes, inúmeras digressões entre aquilo a que se propõe e declara como objetivo – a cura - e a realidade delatada em alguns casos – o descaso, o desrespeito e a violação a direitos fundamentais-, legitimando-se, dentro de um estado democrático de direito, um verdadeiro estado de exceção. Nesse sentido, conforme apontam Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert:

> [...].
> Contudo parecem existir no manicômio judiciário violências tais que produzem ranhuras no estado de direito em que vivemos atualmente. Em outros termos, estado de direito e estado de exceção não são modelos puros, totalmente apartados e estanques. E evidentemente há um estatuto jurídico definido acerca dos manicômios judiciários que os isenta desta característica de puro estado de exceção. (CARVALHO; WEIGERT, 2017, p. 120)

Em seu clássico "Estado de Exceção", Giorgio Agamben (2004) refere o significado biopolítico da expressão, traduzido na perda de toda identidade política da pessoa humana, como ocorre com os talibãs capturados no Afeganistão em razão da "military order", promulgada pelo Presidente dos USA em novembro de 2001, e como aconteceu com os judeus durante o nazismo, que juntamente com a cidadania perderam toda sua identidade jurídica, permanecendo apenas com a identidade de judeus [o que era justamente aquilo que os condenava a um estado de não direito]. O estado de exceção configura, portanto, a perda de toda identidade jurídica [como nos campos de concentração nazistas, nos quais se encontravam judeus e criminosos, sendo que estes possuíam, à diferença daqueles, uma identidade jurídica]. Com o estado de exceção, "como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantanamo, a vida nua atinge sua máxima indeterminação" (AGAMBEN, 2004, p. 14-15).

ISSNe 2595-1602

De um passado de total irresponsabilidade civil do Estado, em que o Rei não era por nada responsabilizado, aos tempos atuais, em que a legislação, via de regra, impõe a responsabilização objetiva do Ente Público[6], torna-se indispensável analisar, à luz do instituto da responsabilidade civil, o dever de reparação (e compensação) estatal e a incidência, ou não, das excludentes de ilicitude e responsabilidade frente a abusos cometidos pelo poder público ao submeter pessoas em situação de custódia em estabelecimentos psiquiátricos à privação de direitos.

Nesse contexto, trar-se-á à lume o estudo do *Case Report* da CIDH Damião Ximenes Lopes *versus* República Federativa do Brasil, que representa para o país a sua primeira condenação frente à Organização dos Estados Americanos (OEA). Após constatar a ocorrência de maus tratos que levaram à morte de Damião ocorrida dentro da Casa de Repouso de Guararapes[7], onde estava internado, sua família promoveu ação de reparação no estado do Ceará. Devido à morosidade do sistema interno brasileiro em julgar a demanda proposta, houve peticionamento à Justiça Internacional apontando as violações aos direitos à vida e à integridade psicofísica, bem como o direito à proteção estatal e a uma resposta judicial diante de tais violações. É o que se passa a examinar a seguir.

2 O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES VERSUS REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A QUESTÃO MANICOMIAL

ISSNe 2595-1602

Notificado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão autônomo que compõe a Organização dos Estados Americanos (OEA) e que tem por função primordial assegurar a observância dos direitos humanos[8] dentro do continente americano, inclusive pela via do peticionamento individual, que possibilita que o particular reclame frente à Comissão como ocorreu no caso Damião Ximenes Lopes, o Estado brasileiro quedou-se inerte. Diante da omissão brasileira, houve o juízo de admissibilidade da reclamação perante a Corte, o que levou, ao final, a uma sentença que reconheceu a responsabilidade do Brasil, estabelecendo como condenação: a promoção em tempo razoável da investigação e punição dos responsáveis envolvidos no fato; a publicação da sentença no Diário Oficial local; a realização de programas de capacitação para servidores da área da saúde; e, por fim, fixou indenização por danos morais e materiais à família da vítima, bem como o ressarcimento das despesas empregadas na busca do acesso à justiça em âmbito nacional e internacional (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um dos três tribunais de proteção aos direitos humanos no mundo, estando nesta categoria ao lado do Tribunal Europeu e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Conforme a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, para que o caso posto em provocação ao órgão chegue à Corte é preciso que sejam esgotadas vias prévias

perante a Comissão (artigos 48 a 50) e, então, sendo admitido pela Comissão e enviado a Corte lá será julgado por sete juízes (artigo 61 e seguintes).[9]

O Brasil é um dos 21 países fundadores da OEA. O Caso conhecido como *Damião Ximenes Lopes versus República Federativa do Brasil* representou, frente à ordem internacional, a primeira condenação brasileira no sistema de justiça externo. E diz justamente sobre as inúmeras violações aos direitos humanos dentro de um hospital psiquiátrico.

Damião Ximenes Lopes nasceu em 25 de junho de 1969. Filho de Albertina Viana Lopes e Franciso Leopoldino Lopes e irmão de Cosme Ximenes Lopes e Irene Ximenes Lopes, foi internado pela primeira vez na Casa de Repouso de Guararapes no Município de Sobral no estado do Ceará no ano de 1995, pelo período de dois meses. Ao retornar da internação apresentava sinais físicos de maus tratos e lesões, sendo que a família não acreditou na versão de Damião, que alegou ter sido vítima de maus tratos. A Casa de Guararapes informou que o próprio internado havia produzido em si mesmo as lesões que apresentava em seu corpo.

Em 02 de outubro de 1998, Damião regressou à Casa de Repouso de Guararapes em perfeito estado físico, conforme relatório da Corte em sentença (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006). No dia 04 de outubro do mesmo ano, a mãe do internado, ao visitá-lo, encontrou-o agonizando, com visíveis sinais de maus tratos e lesões corporais aparentes. Ao depor perante a Comissão de Direitos Humanos, a sra. Irene, irmã da vítima, relatou o que segue:

> No dia 4 de outubro de 1999, quando a mãe da testemunha encontrou o senhor Damião Ximenes Lopes ele estava agonizando, e ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu seus pedidos. O senhor Damião Ximenes Lopes morreu nesse mesmo dia. Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada. A causa da morte foi dada pelos médicos como “morte natural, parada cardiorespiratória” e nada mais. O corpo do senhor Damião Ximenes Lopes foi então levado para Fortaleza para que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de “morte indeterminada”. A família não acreditou nesse laudo e acredita que houve manipulação e omissão da verdade. A raiz do seu envolvimento com o caso do seu irmão, encontrou muitas pessoas que sofreram maus-tratos ou que tiveram parentes espancados dentro da Casa de Repouso Guararapes, mas as famílias e as vítimas não tinham interesse em denunciar, porque tinham medo de enfrentar a polícia e o hospital. (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 13).

No dia 04 de outubro de 1998, às 11:30h, Damião faleceu dentro da instituição psiquiátrica. Sem qualquer resposta efetiva das autoridades da Casa, que insistiam na morte natural do internado. A sra. Albertina, em 06 de julho de 2000 (após quase dois anos da instauração do Inquérito Policial, que culminou com a oferta de

ISSNe 2595-1602

denúncia pelo Ministério Público), promoveu a competente Ação Civil no Estado do Ceará, figurando no polo passivo da demanda a Casa de Repouso de Guararapes, Sérgio Antunes Gomes Ferreira, responsável pela Instituição à época, e Francisco Ivo de Vasconcelos, médico que atendeu Damião.

Paralelamente às ações instauradas no âmbito da Justiça interna, a irmã de Damião noticiou o ocorrido frente à CIDH, na data de 22 de novembro de 1999, tendo no mês seguinte iniciado a tramitação do procedimento competente a apurar a responsabilidade do estado brasileiro. Em 2002, após quatro anos da morte do paciente e após três anos do início da investigação criminal, o estado federativo restou notificado pela Comissão a prestar esclarecimentos, quedando-se inerte. Neste período, também não haviam tido desfecho as ações criminal e cível.

Em maio de 2003, a Comissão concluiu em seu relatório de mérito ter o Brasil violado os direitos consagrados nos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica[10]), recomendando ao país uma série de condutas a serem adotadas para a adequação perante a ordem internacional comprometida com os direitos humanos. Em 31 de dezembro do mesmo ano, o ente federal recebeu um prazo para que se adequasse ao estabelecido no documento, tendo solicitado, em 2004, uma prorrogação do prazo. Igualmente inerte após o decurso do lapso, a Comissão, em 30 de setembro de 2004, levou o caso à Corte.

Como dito na introdução deste item, a Corte reconheceu a responsabilidade do Brasil e, pela primeira vez, o condenou estabelecendo o dever de reparação aos danos suportados por Damião dentro da Casa de Guararapes, instituição, grife-se, de natureza pública vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS)[11]. Ainda, reconheceu à família o direito de se ver indenizada pelo abalo moral próprio em decorrência da morte de Damião. Ao julgar o caso ora em análise a Corte Internacional reconheceu que o Brasil, como signatário do Pacto de San José da Costa Rica, violou os deveres de respeito à vida, à integridade física, psíquica e moral e o dever de não submissão de nenhum indivíduo a tratamento análogo à tortura, bem como o dever de tratar toda pessoa privada de sua liberdade com o respeito inerente à dignidade do ser humano.

Nesse sentido, em relação à pessoa do custodiado Damião e no que toca aos seus direitos como pessoa humana, teria o país violado os artigos 4.1, 5.1 e 5.2, bem como, por consequência lógica, o artigo 1.1 do supracitado Pacto Internacional[12], este último porque, ao violar os direitos estabelecidos na Carta violou, igualmente, o dever de segui-la.

O direito à vida, na ordem nacional, encontra-se previsto expressamente no artigo 5º, *caput,* da Constituição Federal de 1988 e pode-se dizer que é pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos inerentes ao ser humano, sendo possível entendê-lo sob o viés ativo e passivo. Sob o viés ativo, pela promoção e a preservação da vida, por meio de atitudes positivas ou ativas, tais como a criação de

ISSNe 2595-1602

condições aptas ao seu sadio desenvolvimento, prevenindo situações que violem tal direito. E, sob o viés passivo ou do não fazer, quando na posição de garantidor da vida humana o estado tem obrigação de impedir que seus agentes ou que condições outras atinjam a vida do indivíduo, mormente nos casos de privação de liberdade em que há vulnerabilidade latente.

Quanto ao direito à integridade pessoal - aí abrangida a integridade física, psíquica e moral - o artigo 27 da Convenção Americana dispõe, expressamente, sobre a impossibilidade de sua suspensão em qualquer condição ou circunstância, inclusive nos casos de guerra, de perigo público ou outros casos de emergência que possam ameaçar a segurança ou independência do Estado membro. O mesmo se dá em relação ao direito à vida, de sorte que se pode compreender o valor de tais garantias e o dever de respeito máximo ao ser humano, não havendo justificativa para a suspensão de tais direitos, como ocorreu no caso narrado. Importa ainda consignar que, além de tais direitos básicos e humanos por excelência, a que os *jusnaturalistas* [13] atribuem sejam inerentes a qualquer ser humano pela universalidade de sua aplicação independente de previsão legal, ou seja, direitos que decorrem do próprio reconhecimento da natureza humana, a Corte reconheceu que quanto às pessoas acometidas de deficiência mental tem o estado o dever de respeitar sua autonomia, assim como prestar atendimento eficaz, o que não se coaduna com o tratamento dispensado à vítima nesse caso concreto.

Conforme o entendimento da Corte, sobreleva referir que, por atendimento eficaz considera-se não apenas aquele que deve ser prestado norteando o agente de saúde ou a instituição dentro dos princípios de dignidade e da garantia do acesso do paciente aos serviços básicos, mas explica, no item 128 da Sentença de condenação do Brasil, que deve o agente administrativo adotar política de saúde que vise à prevenção da deficiência mental. Assim:

> Os Estados têm o dever de assegurar atendimento médico eficaz às pessoas portadoras de deficiência mental. Essa obrigação se traduz no dever estatal de assegurar seu acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivos possível; e à prevenção das deficiências mentais. (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 52).

No item 134 da decisão do órgão internacional (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 53), restou considerado que o uso da "sujeição" é medida extrema, uma vez que tais técnicas apresentam alto risco inclusive à vida do paciente, motivo pelo qual deve ser observada de forma subsidiárias às demais menos restritivas. Sem prejuízo, aduz que além de ser o último recurso a ser cogitado, deve ser utilizada

> [...] unicamente com a finalidade de proteger o paciente, ou o pessoal médico e terceiros, quando o comportamento da pessoa em questão seja tal

ISSNe 2595-1602

> que esta represente uma ameaça à segurança daqueles. A sujeição não pode ter outro motivo senão este e somente deve ser executada por pessoal qualificado e não pelos pacientes. (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 53)

Por outro lado, da violação apresentada eventualmente ao sistema interno de jurisdição, tem o ente administrativo a obrigação de investigar e dar resposta estatal efetiva com duração razoável do processo. Assim é que, garantir os direitos não se exaure no cumprimento apenas da obrigação, mas "uma dessas condições para garantir efetivamente o direito à vida e à integridade pessoal é o cumprimento do dever de investigar." (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 56). Reconheceu a Corte que o estado tem o dever, inclusive de ofício, de instaurar atos investigativos e os levar a cabo por meio de uma investigação séria, imparcial e efetiva, abandonando a ideia de que esta se constitua em mera formalidade. (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 56).

Para além do dever estatal de prestação ativa e respeito aos direitos humanos e fundamentais, restou caracterizado que o estado ocupa a posição de garante na relação paciente *versus* instituições. Assim, não se exime da responsabilidade que lhe é atribuída por não estar presente *in loco* ou por não violar ativamente direitos, mas, outrossim, quando deixa de observar deveres, omitindo-se, atrai para si o dever de responsabilização. Com efeito, da obrigação geral de garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, decorre a obrigação de cuidar, regular e fiscalizar as instituições de saúde. E aqui o não cumprimento de tal obrigação torna-se relevante, assumindo o que se chamou outrora de omissão relevante para o direito civil.

Indo além, no item 141 da decisão em análise, afirmou-se o dever estatal de cuidar e fiscalizar não apenas entidades públicas e privadas que prestem serviços públicos, mas também entidades que prestem, sob sua jurisdição, exclusivamente serviços privados. A saúde deve ser entendida, portanto, como um bem público a encargo do Estado e este deve promover a fiscalização de sua preservação, principalmente nos casos de vulneráveis, a exemplo dos acometidos de patologia mental e institucionalizados – onde a vulnerabilidade acentua-se.

Diante do passado de omissão e abusos do Estado brasileiro, de que é exemplo o caso Damião Ximenes Lopes, e da recente notícia de que o Estado brasileiro pretende trazer de volta a realidade manicomial no país[14], a presente análise se justifica e se impõe, como forma de apontar os perigos dessa medida nos aspectos humanitário e jurídico. Tal postura, que privilegia técnicas restritivas de autonomia e destrutivas de direitos fundamentais individuais, acarreta violação do direito a um tratamento humanizado da pessoa com transtorno psiquiátrico, desrespeitando garantias consagradas internacionalmente, que visam a uma política de redução de danos.

ISSNe 2595-1602

Cabe registrar, já de início, que a reinserção desta espécie de tratamento configura, a nosso ver, um significativo retrocesso social e abre portas a novas condenações, senão do estado brasileiro frente à ordem internacional, do Estado frente ao cidadão que terá mais uma vez seus direitos aniquilados pelos horrores de um Holocausto próprio[15]. Estudar e conhecer a própria história, sob o viés crítico, é de suma importância para que não se impute aos cidadãos repetidas formas de violações que o tempo já comprovou ilegítimas.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RISCO ADMINISTRATIVO MITIGADO E TEORIA DA FALTA DO SERVIÇO

Previamente à análise específica do tema aqui proposto, entendemos necessária a abordagem de questões pontuais acerca da responsabilidade civil do Estado, a saber, seus pressupostos de responsabilização em face de danos causados na prestação do serviço público em questão. Assim, tecem-se alguns apontamentos conceituais, bem como de cunho histórico e doutrinário, a fim de consolidar as premissas que darão suporte a nossas conclusões.

Ao dever de reparação a terceiros pelos danos por estes sofridos em razão do descumprimento do dever negocial dá-se o nome de responsabilidade civil contratual ou negocial, donde advém que a violação do contrato ou o seu falho cumprimento é situação apta a gerar dano, merecendo reparação. De outro norte é preciso atentar que, independente da existência anterior de um contrato que vincule o agente de uma conduta danosa a outrem, o dever de reparação pode – e deve – surgir como instrumento de recomposição civil nos casos do cometimento de um dano injusto[16]. Assim é que a responsabilidade civil extracontratual, *strictu sensu* ou *aquiliana* dispensa a vinculação prévia das partes para que surja o dever de reparação se da conduta ativa ou omissiva de uma delas advém um dano imputável à referida conduta, verificável através da existência do nexo de causalidade (ainda que não haja culpa de qualquer das partes, nas hipóteses a que se convencionou chamar de responsabilidade objetiva).

Para que se explique o sistema atual que impõe ao estado o dever de reparação independente da culpa, contrariando os elementos tradicionais formados por conduta, culpa, nexo causal e dano, e superada a teoria da irresponsabilidade estatal[17], dá-se um salto histórico que remonta até a Segunda Revolução Industrial, a qual trouxe maior atuação do estado na esfera privada dos jurisdicionados, bem como progresso científico e, em consequência, a possibilidade de acidentes de trabalho, os quais mereciam reparo. Conforme bem aponta Sergio Cavalieri Filho, foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se, primeiramente insuficiente. Com a produção mecanizada, os trabalhadores passaram a ser mais expostos a grandes riscos e a dificuldade – não rara impossibilidade – de provar a culpa do patrão trazendo um injusto desamparo às vítimas, o que exigiu uma profunda revisão do fundamento central da responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 135)

Assim, para que se trouxesse equilíbrio e fosse possível a reparação do cidadão hipossuficiente frente à máquina estatal, com reconhecimento de que esta última atinge a vida dos seus jurisdicionados de modo direto em razão de sua

ISSNe 2595-1602

atividade, “o Poder Público foi atingido pela responsabilidade sem culpa em virtude da amplitude de sua atuação diante dos cidadãos, tendo em vista a constatação de que prestação de serviços públicos cria riscos de eventuais prejuízos.” (TARTUCE, 2018, p. 315).

No sistema legislativo pátrio, a responsabilidade objetiva do Estado encontra-se presente desde a Constituição Federal de 1946, mais precisamente em seu artigo 194, que estabelecia: “As pessoas Jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.”[18]

Na atual carta democrática brasileira, vigente a partir de 1988, a previsão encontra-se de modo mais amplo no artigo 37, §6º, que aduz: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (CONSTITUIÇÃO, 1998). Registre-se que os prestadores de serviço a que fez menção o comando legal engloba tanto a administração direta como a administração indireta, ou seja, também as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público, fazendo as vezes do estado. Assim, caso haja dano por qualquer ente administrativo na prestação do serviço público, será ele responsabilizado, independente de culpa, pelo eventual dano ocorrido.

Com isso, resolve-se o problema causado e afere-se o dever de reparação no campo da existência do liame ontológico ou nexo causal entre a conduta estatal ativa ou omissiva e o dano pretenso de imputação. Não haverá, portanto, discussão sobre a existência do elemento subjetivo *culpa (lato senso)* para fins de reparação civil. Gize-se que a culpa apenas poderá ser analisada em eventual ação de regresso do estado perante o, em tese, agente causador do dano, respondendo este último de forma subjetiva.

Pela teoria do risco administrativo, portanto, o Estado, por promover inúmeras atividades por meio de suas pessoas jurídicas torna-se responsável pelo dano causado em razão da sua própria atividade administrativa. Contudo, ainda que a responsabilidade seja objetiva e subsumida à teoria do risco, esta(e) não é integral e, via de regra, admite a ocorrência de determinadas excludentes de responsabilidade, a saber: culpa (fato) exclusiva ou concorrente da vítima ou casos de força maior. Assim, prevalece a teoria do risco administrativo mitigado, gerando responsabilidade objetiva mitigada em contrapartida à teoria do risco integral, que é adotada de forma excepcional em nosso ordenamento (TARTUCE, 2018, p. 523).

Problemática que se apresenta relevante e que merece espaço é a discussão sobre a responsabilização do estado quando de sua omissão. Se, por um lado, o estado responde de forma objetiva pelos atos a que der causa por meio de seus agentes e que gerarem danos a terceiros, por outro há controvérsia quando os danos verificados restarem oriundos de omissão.

Isso porque, no que tange à omissão estatal, isto é, quando o ente deveria ter empregado conduta ativa e assim não o fez, acarretando evento danoso, a doutrina divide o conceito em duas espécies: omissão específica e omissão genérica. A omissão específica apresenta-se como uma omissão presente em determinada e concreta situação em que o estado teria o dever de agir e assim não o faz. Nesse sentido, o estado, por omissão sua, cria a situação em que o evento danoso se

ISSNe 2595-1602

verifica. Em outras palavras, ao ocupar a posição de garante de determinada situação, não corresponde ao dever legal de agir, causando o resultado infeliz.[19][20]

Por omissão genérica, a seu turno, entende-se aquela presente em situações amplas em que o estado deveria ter agido a fim de evitar o dano e não o fez, descumprindo um dever legal geral de bem administrar a máquina pública. Nestes casos, o ente estatal não está diretamente presente na situação fática, contudo presta um serviço falho, motivo pelo qual caberá ao indivíduo lesado comprovar a culpa *latu sensu* do ente público pela teoria da culpa anônima ou falta do serviço. Cavalieri Filho segue explicando que: "A administração Pública só poderá vir a ser responsabilizada por esses danos se ficar provado que, por sua omissão ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis." (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 253).

Conforme entendimento pátrio sedimentado nos Tribunais, por sua omissão o Estado responderá de forma objetiva ou subjetiva, conforme a natureza do dever descumprido. Se possuía dever específico de agir, responderá de forma objetiva; ao revés, se o dever de agir tinha natureza genérica ou ampla, consubstanciado numa prestação falha do serviço, deverá o administrado provar a culpa do serviço deficiente. É o que restou exposto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 841.526/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux:

> Diante de tal indefinição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência - **quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo** - surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa. (FUX, 2016, p. 17, grifo nosso) [21]

Impende trazer aqui a crítica feita por Flávio Tartuce à adoção da responsabilidade subjetiva nos casos, então, de omissão genérica do estado. Defende o autor a necessidade de revisão da forma de responsabilização do estado, em especial nos casos de falta de segurança. A fim de ilustrar o exposto transcreve-se:

> Diante dessa triste realidade contemporânea, parece a este autor que a ideia de dano social, ante exposto, pode servir para um novo dimensionamento à responsabilidade civil do Estado (no caso do *Estado Oficial).* Ora, se a responsabilidade civil tem um intuito pedagógico – ou punitivo como querem alguns –, deve trazer impacto àquele que não está fazendo a *lição de casa*. E pode-se dizer que, no quesito segurança – como também em outros -, o Estado não vem cumprindo as suas obrigações assumidas perante a sociedade. A sua conduta, nessa área, pode ser tida como *socialmente reprovável.* (TARTUCE, 2018, p. 525)

Assim, conclui-se que, via de regra, vigora em nosso ordenamento pátrio o dever objetivo de responsabilização do Estado, pelo qual ele será chamado a ressarcir o particular independente da verificação de culpa ou dolo no seu agir, bastando apenas a demonstração da ação ou omissão específica e o nexo de causalidade entre esta e o dano. Por admitir a existência de excludentes de

ISSNe 2595-1602

responsabilidade, tem-se que vigora a teoria do risco administrativo mitigado em detrimento do risco integral, que encontra guarida em casos excepcionais[22]. Por fim, a responsabilização subjetiva encontra lugar, segundo a doutrina e o entendimento jurisprudencial pátrios, nos casos de omissão administrativa genérica, quando imprescindível a demonstração da culpa, consubstanciada na falta do serviço, para que se gere o dever de reparação civil.

4 A LÓGICA MANICOMIAL *VERSUS* A ANTIPSIQUIATRIA

Por lógica manicomial compreende-se a necessidade de tratamento institucionalizado daquele que apresenta patologia psiquiátrica. Acredita-se que, para que haja êxito no trato da doença, medidas extremas devem ser adotadas, não raras vezes submetendo o paciente a práticas que de forma reiterada e sistemática ferem seus direitos básicos e fundamentais, tais como a privação da liberdade e o uso de técnicas violentas, a exemplo da eletroconvulsoterapia[23] e a lobotomia[24]. A perda da identidade humana e a objetivação do indivíduo são consequências comuns nesse cenário.

Walter Ferreira de Oliveira, professor do Departamento de Saúde Pública da Universidade Federal de Santa Catarina, explica:

> Em termos práticos, a lógica manicomial fundamenta-se na inclusão categorial da pessoa identificada como portadora de um problema psíquico de tal forma que deixam de lhe ser dados os mesmos direitos civis que a outros cidadãos que não estão classificados como tal. Isto pode, por exemplo, possibilitar que se tire do cidadão classificado como doente mental o direito à propriedade e outros direitos, como até mesmo o de ter e escolher seu vestuário, o que é frequente nas instituições totais. Que se lhes negue o direito a certas maneiras de se portar ou de existir, vistas como “esquisitices” ou “maluquices”, mas que podem ser importantes para a preservação da individualidade e conservação de um senso de identidade que pode ser, paradoxalmente, um elemento verdadeiramente terapêutico. Esta lógica fomenta a crença na exclusão em instituições totais como a forma prioritária para solucionar os problemas destes usuários, favorecendo a prática desta exclusão a qualquer preço, mesmo que pelo uso da força, sempre sob a justificativa de que se procede para o bem do usuário e para proteção sua ou dos que o cercam.” (OLIVEIRA, 2009, p. 55)

O Hospital Colônia de Barbacena, sobre o qual ainda nos reportaremos, talvez tenha sido uma das maiores tragédias brasileiras representativas da falência manicomial e da dura realidade que é imposta aos internos desses estabelecimentos de "saúde". Inicialmente chamado de Hospital de Barbacena, passou a compor uma Unidade da antiga Fundação Estadual de Assistência Psiquiátrica. Posteriormente, a Unidade passou a pertencer à Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais e, pela união de outras fundações conforme a Lei nº 7.088/77 do estado mineiro, restou vinculada à Secretaria de Saúde do Estado de Minais Gerais, o que lhe conferiu a natureza pública.

O ciclo de violência que se impõe a internos em locais como esse, fazendo-os ora vítima ora algozes aptos a reproduzir a violência sofrida, acarreta marcas indeléveis na história de vida de cada um deles. Ao relatar inúmeras histórias tão tristes quanto parecidas, o "Holocausto Brasileiro", de Daniela Arbex, não deixa

ISSNe 2595-1602

dúvidas quanto ao equívoco que representa a manutenção de instituições similares ao Hospital de Barbacena:

> As décadas de encarceramento deixaram em Sônia marcas físicas dos maus tratos. Para curar as feridas abertas em seu corpo, ela jogava esmalte por cima da pele, provocando infecções difíceis de curar. Num dia de fúria e dor, arrancou o próprio dente, porque não aguentava mais sentir o rosto latejar. Respondeu com violência ao período mais cinza da sua vida. Passou a ser temida, aprendeu a odiar. Foi vítima, mas também algoz. Apanhou muito, no entanto, vangloria-se de ter revidado e agredido funcionários e pacientes. (ARBEX, 2019, p. 54)

Ao relatar outro caso real, Arbex menciona que dentre vinte mulheres sorteadas para realizar sessão de choque nos pacientes, uma delas foi Francisca Moreira dos Reis, que trabalhava na cozinha e jamais havia feito nada parecido, motivo pelo qual decidiu assistir suas colegas. A experiência relatada findou na morte do paciente:

> A colega Maria do Carmo, que também era da cozinha, foi a primeira a tentar. Cortou um pedaço de cobertor, encheu a boca do paciente, que a esta altura já estava amarrado na cama, molhou a testa dele e começou o procedimento. Contou mentalmente um, dois, três e aproximou os eletrodos das têmporas de sua cobaia, sem nenhum tipo de anestesia. Ligou a engenhoca na voltagem 110 e, após nova contagem, 120 de carga. O coração da jovem vítima não resistiu. O paciente morreu ali mesmo, de parada cardíaca, na frente de todos. (ARBEX, 2019, p. 38)

ISSNe 2595-1602

Contrapõe-se à prática manicomial a reforma de viés antipsiquiátrica operada no Brasil por meio da Lei 10.216/2001. Ao dispor sobre o modelo assistencial de saúde mental, a referida lei indica que o tratamento hospitalar em estabelecimento psiquiátrico é medida extrema e subsidiária às demais, menos gravosas.

O artigo 4º da Lei 10.216/2001 dispõe que "a internação, *em qualquer de suas modalidades,* só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes" (g.n.), donde se vê efetivada a necessidade de experimentar tratamentos alternativos à internação. As modalidades de internação, por sua vez, conforme regulamento pátrio, poderão ser: *i*. voluntária, quando se dá com o consentimento do paciente; *ii.* involuntária, quando ocorre sem o seu consentimento, contudo a pedido de terceiro; e, por fim, *iii.* compulsória, entendida esta como aquela determinada pela justiça (artigo 6º, §único, incisos I, II e III, da Lei 10.216/01).

Assim, a lógica antimanicomial é abordada sob um viés humanitário e de respeito à pessoa humana, privilegiando o tratamento do paciente dentro da sociedade e da forma menos invasiva possível (artigo 2º, incisos VII e XIX), garantindo humanidade, respeito e adoção de medidas que visem o interesse exclusivo de beneficiar a saúde da pessoa assistida, bem como a sua proteção contra qualquer forma de exploração e abuso (artigo 2º, incisos II e III).

De acordo com Carvalho e Weigert (2017), o discurso manicomial é instrumental pelo fato de que legitima práticas intervencionistas em nome da saúde daquele a quem se destina o tratamento. Assim:

> Note-se, portanto, que o discurso correcional ou curativo é sempre instrumental, pois legitima intervenções violentas contra o sujeito em nome da sua própria

> saúde mental – "os loucos são perigosos ao mesmo tempo que enfermos e por isso vítimas de sua condição", conclui Rauter ao analisar as lições dos alienistas (2003:41). Inegavelmente, neste ponto reside a maior perversidade das práticas jurídico-psiquiátricas: a necessidade (obrigatoriedade) da intervenção é inquestionável quando a medida visa resguardar a pessoa dos possíveis danos que pode gerar inclusive a si mesma. (CARVALHO; WEIGERT, 2017, p. 89-90).

E seguem os autores explanando os motivos pelos quais se deve legitimar uma reforma antipsiquátrica em preferência à manicomial, aludindo que:

> A história da antipisiquatria que, agregada à psicologia social, fomentará o movimento da política antimanicomial é uma das mais belas páginas da luta de resistência contra as violências institucionais. O resultado bastante concreto deste processo foi a ampla realização de reformas psiquiátricas nos países ocidentais nas últimas décadas, direcionadas fundamentalmente à desestabilização e à superação da instituição manicomial e dos saberes correlatos que a reforçam e a mantêm. Conforme Guareschi, Reis, Oliven e Hüning, 'no cerne da luta da antipisquiatria está um combate contra a instituição, mas que também vem de dentro dela. A antipsiquiatria pretende dar ao indivíduo a tarefa e o direito de realizar a sua loucura, levando-a até o fim em uma experiência para a qual a psiquiatria pode contribuir, porém jamais em nome de um poder que lhe for conferido pela capacidade de buscar a razão ou normalidade'. (Guareschi, *et al.,* 2008:124). (CARVALHO; WEIGERT, ANO 2017, p. 91).

Dos dois modelos apresentados destinados a compor o sistema de saúde para o tratamento do diagnóstico psiquiátrico é possível concluir que se constituem em claros opostos. Um privilegia a institucionalização do ser humano e a sua sujeição; o outro coloca como medida apenas subsidiária o tratamento intra-hospitalar, referenciando sempre preceitos de liberdade (autonomia) e não intervenção. Nesse sentido, a pergunta que Eliane Brum coloca em sua coluna jornalística "*Você quer ser pessoa ou paciente?*" [25], apontando o avanço da Resolução 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina brasileiro (CFM) [26], ao estabelecer os critérios para que qualquer pessoa possa definir quais os limites da ação terapêutica na fase terminal de sua vida, é mais do que pertinente. O caso de Damião Ximenes Lopes, morto dentro da casa de repouso de Guararapes, e o Hospital Colônia de Barbacena são dois exemplos reais da ineficiência e crueldade deste modelo de tratamento - que retira do paciente a autonomia que o caracteriza como pessoa - o qual só serve a violações de todas as ordens.

A história mostrou e segue mostrando que privar a liberdade do internado, violar seus direitos básicos e, o mais grave, aniquilá-lo como ser humano e, não raras vezes, tirar-lhe a vida, constituem, senão a regra, um fato não extraordinário no tratamento em hospitais psiquiátricos. Até os dias de hoje, inobstante a promulgação da Lei 10.216/01, a prática verificada dentro dos hospitais de custódia tende a ser ilegítima a pretexto de legitimar a correção do sujeito e a sua cura. O Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas do ano de 2017 concluiu, quanto à prática da tortura e do tratamento desumano, o que segue:

> As equipes de inspeção também colheram relatos do uso de isolamento físico ou confinamento dentro da própria comunidade terapêutica como forma de "tratamento" ou punição por desvio de comportamento. Nessas situações, o interno é mantido em quartos ou cubículos dentro da própria instituição, separado

ISSNe 2595-1602

> dos demais. Quatro dos estabelecimentos visitados informaram possuir quartos específicos para o isolamento. A violência física também foi apontada como prática, sobretudo em casos de tentativas de fugas, sendo relatados o uso de socos nos olhos e aquilo que os internos denominam "mata-leão", conforme apontado nas vistorias às comunidades Crisameta (RJ) e Recanto da Paz (SP). (RELATÓRIO DA INSPEÇÃO NACIONAL EM COMUNIDADES TERAPÊUTICAS, 2018, p. 15).

De todo o exposto, é lógico perceber que privilegiar tratamentos restritivos significa privilegiar a violação a direitos que decorrem da própria condição humana, configurando um retrocesso social. A reforma psiquiátrica e as garantias trazidas pela Lei 10.216/01 em atenção à preservação da integridade física e psíquica do custodiado, longe de estar plenamente efetivada conforme noticiado no Relatório referido, ainda assim constitui avanço jurídico e social a ser preservado, sendo, o inverso, um retrocesso desumano e perigoso às garantias humanas fundamentais.

5 O HOLOCAUSTO EM TEMPOS DE PAZ: A INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA SOB A ÓTICA DO UTILITARISMO

O respeito à condição humana é princípio básico para que uma sociedade se desenvolva de forma livre, justa e solidária[27], com observância aos imperativos de dignidade e humanidade. O artigo 5º, alínea 1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), estabelece o direito de respeito à integridade física, psíquica e moral aos cidadãos [28] dos Estados ratificantes da carta internacional. Pela Lei Civil brasileira, artigo 1º, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem jurídica.

Assim, o respeito à individualidade pessoal de cada ser humano assume relevante papel para preservação, efetivação e promoção dos direitos constitucionais-civis previstos no sistema legal vigente no Brasil. Reconhecer as diferenças étnicas, sociais, culturais, de gênero e, por outro lado e da mesma forma, aquelas peculiares a cada indivíduo que o faz único, constitui meio hábil à consolidação das garantias humanas fundamentais.

Contudo, ao analisar-se o processo de tratamento que se impõe a doentes classificados como internos psiquiátricos, conclui-se que que, frequentemente, não se busca a cura (até porque, não raras vezes, não há o que ser curado[29]), mas sim a "correção" daquilo que a sociedade de determinada época, em determinado espaço, tempo e cultura, entende como anômalo ou não aceita simplesmente. Conclui-se que, em muitos momentos, a institucionalização manicomial serviu (a ainda serve) para que se promova "limpeza social"[30], tal qual a punição penal serviu (e ainda serve) especialmente em países como o Brasil, buscando retirar do meio social o diferente – mendigos, prostitutas, pessoas em situação de adultério (principalmente mulheres) – sendo a cura efetiva ou a busca da estagnação da doença uma função declarada e legitimadora de práticas abusivas que não conduzem à finalidade a que se propõe e que violam os direitos de ordem universal acima abordados. Não se pode deixar aqui de referenciar, com Michel Foucault, como o corpo é investido pelas relações de poder. De fato:

> [...] o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a

ISSNe 2595-1602

> cerimônias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso. [...]. (FOUCAULT, 2010, p. 28-29).

Daniela Arbex ainda denuncia em sua obra já citada que, dentre inúmeras violações e barbáries verificadas dentro do Hospital Colônia de Barbacena, uma delas é a institucionalização de pessoas sem diagnóstico psiquiátrico. Ao fim, pessoas internadas para a promoção da felicidade daquele Brasil à época, tudo com o consentimento (ainda que velado) estatal. Relata a autora que muitas internas eram mulheres, filhas de fazendeiros que haviam perdido a virgindade ou que não se comportavam conforme o padrão que lhes era exigido, ou mesmo prostitutas que, diante da negativa do homem de pagar-lhes pelo programa, cortavam-lhes a pele com gilete em sinal de protesto. (ARBEX, 2019, p. 30).

Dito isso, é possível depreender que nem sempre as internações em hospitais de custódia se dão primordialmente pela busca do tratamento médico ou da cura para determinada patologia, senão que para a satisfação de desejos sociais outros. Legitimadas pelo próprio estado, as internações hospitalares assim empreendidas têm por fim o atendimento aos anseios de uma determinada parcela majoritária da sociedade, aproximando o comportamento estatal de um utilitarismo que é, por definição, contrário aos direitos humanos.

É neste contexto, portanto, que se analisa a Teoria do Utilitarismo proveniente da filosofia. Segundo esta teoria as ações aptas a produzir o maior número de felicidade estão legitimadas por este próprio fim alcançado – a busca da felicidade do maior número de pessoas como um fim em si mesmo de qualquer ação. Nesse sentido, James Rachels, a explicar o utilitarismo que remonta a Jeremy Bentham e John Stuart Mill, alude que:

> A questão *Quais as coisas são boas?* é diferente da questão *Quais ações estão certas?* e o Utilitarismo responde a segunda questão referindo-se à primeira. Ações certas, ele diz, são aquelas que produzem a maior quantidade de coisas boas. Mas o que é bom? A resposta do Utilitarismo clássico é: apenas uma coisa, a felicidade. Como Mill coloca, 'A doutrina utilitarista é que a felicidade é desejável, e a única coisa desejável, como um fim; todas as outras coisas são desejáveis como meio deste fim'. (RACHELS, 2006, p. 105).

Wallace Feijó Costa, Defensor Público Federal no Brasil, alerta sobre os perigos de se preservar o utilitarismo, ao menos como na forma proposta originária pelos autores. Refere que: "É certo que dentro dessa teoria utilitarista os direitos individuais não importavam, pois havia um objetivo maior a ser alcançado – a felicidade e o prazer da sociedade. O indivíduo só era respeitado como tal se contribuísse ou não prejudicasse esse fim maior proposto. " (COSTA, 2014, p. 311).

E é justamente neste sentido que se verificam críticas ao Utilitarismo, não podendo se sustentar tal teoria como legitimadora para qualquer finalidade. A promoção da maior felicidade à custa do sofrimento de outros não se coaduna com a necessidade de preservação de direitos universais nem com um Estado que se

ISSNe 2595-1602

pretenda democrático. Mauro Cardoso Simões, ao estudar e tratar o tema, afirma que muitas críticas que foram dirigidas ao Utilitarismo podem ser resumidas do seguinte modo: "o Utilitarismo sacrifica os interesses de uma minoria pelo bem-estar da maioria; o Utilitarismo poderia, sob determinadas condições, permitir que se possam violar os direitos dos indivíduos em nome dos maiores benefícios para a maioria e sua felicidade. " (SIMÕES, 2016, p. 68).

A estigmatização da pessoa sob custódia estatal, a negação de sua individualidade e o desrespeito para com os direitos mais básicos, tudo para fins declarados de cura psiquiátrica ou estabilização da patologia, a nosso ver, é efeito direto do *modus operandi* adotado dentro de sistemas que privilegiam o tratamento intra-hospitalar. É dentro desta lógica que se veem internações indevidas e ilegítimas, em que quadros de violência se repetem de forma sistemática e rotineira, desrespeitando a figura humana e os mínimos direitos fundamentais reconhecidos a qualquer pessoa e por qualquer sociedade pretensamente civilizada. E a partir de todo o exposto, dentro de um estado democrático, não há como escusar o ente administrativo de sua responsabilidade pelos dos danos de ordem material e (especialmente) existencial sofridos pelas vítimas.

6 CONCLUSÃO

O estado, ao assumir a custódia dos indivíduos, e aqui pode-se dizer que independe a natureza da custódia (se internação hospitalar ou prisão penal), assume papel relevante na preservação dos direitos universais de vida e integridade pessoal. Isto porque, ao retirar a liberdade plena do sujeito ou restringi-la, retira-lhe também o poder completo de autodeterminação e a possibilidade plena de autopreservação. É como se o sujeito, à mercê do ente público, não pudesse mais livre e completamente zelar por si por condições e meios próprios. Há ingerência direta da administração pública na vida privada.

Assim, se há, portanto, o direito-dever do estado em punir na esfera criminal o seu administrado, ou como nos casos ora relatados, promovendo internações psiquiátricas e administrando instituições de saúde, deverá também promover e garantir condições para o bem-estar daquele que passa a estar sob sua custódia e responsabilidade do ente público.

Do dever de garantir condições mínimas advém, por via de consequência, o dever de vigilância do ente estatal, atuando na posição de garante, na situação específica apresentada. E é aqui que a discussão acerca da natureza da responsabilidade civil se instaura. A necessidade de comprovar a culpa do aparato estatal na falha do seu serviço ou o reconhecimento de que havia obrigação de agir omitida.

Como já explicitado ao longo deste estudo, sendo a omissão estatal genérica, responde o ente administrativo de forma subjetiva. Contudo, sendo a omissão específica, responderá o Estado de forma objetiva, assumindo a inércia papel relevante, tal como se dá, nos casos de morte de custodiados presos, como tem entendido o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Nos casos de internação hospitalar psiquiátrica, o entendimento pela responsabilidade do Estado também vem sendo adotado pelas Cortes julgadoras. O Agravo Regimental nº 1393002/RJ é exemplo do que aqui se defende, e nele assim

ISSNe 2595-1602

se afirmou: “A filha/irmã da parte autora foi internada no Centro de Tratamento Psiquiátrico Pedro II, onde o evento ocorreu, supostamente por ineficiência na prestação do serviço hospitalar, de forma que não se pode elidir a responsabilidade objetiva do ente estatal" (MEIRA, 2011). Ou seja, "o evento danoso decorreu do próprio fato administrativo em exame. Assim, no caso dos autos é objetiva a responsabilidade da administração, baseada na teoria do risco administrativo.” (MEIRA, 2011).

Com o presente estudo demonstrou-se que os direitos acima indicados, sem prejuízo de outros, sucumbiram em determinados momentos da história, quando da preferência da lógica manicomial em detrimento de outras formas de tratamento menos restritivas. Demonstrou-se ainda que a lógica manicomial se coaduna com os preceitos de utilidade advindos da Teoria do Utilitarismo, na qual se abandona a ideia de humanidade como norteadora das decisões, ao menos *prima facie*, para adotar-se a ideia de "felicidade" para um maior número de pessoas. *In casu*, pode-se dizer que hospitais psiquiátricos de longa permanência se sujeitaram a proceder a internações com vistas a alcançar objetivos outros que não a cura da pessoa internada, mas sim a conveniência de certo grupo social com a internação e anulação de sujeitos tidos como nocivos à sociedade de cada época.

Reconhecida a responsabilidade do ente federativo em âmbito internacional, como se comprovou por meio do caso Damião Ximenes Lopes *versus* República Federativa do Brasil, é oportuno apontar que em casos análogos dentro da ordem interna deverá o estado igualmente responder por eventuais danos causados a pessoas em situação de custódia. Com o advento da Lei 10.216/2001, importante progresso se verificou na estrutura normativa pátria, na medida em que agora passa-se a privilegiar o tratamento em meio aberto e menos restritivo. Reconhece-se o paciente psiquiátrico como sujeito absoluto de seus direitos e como protagonista de seu tratamento.

A intenção do governo brasileiro eleito em 2018, conforme noticiado na imprensa nacional, no que toca à reintrodução da institucionalização dos pacientes psiquiátricos como regra e a reinserção de instituições manicomiais é de grande retrocesso social, dando vazão ao retorno de uma época de aniquilação de direitos. E quando direitos se perdem ou *“quando se revoga um direito, desperdiçam-se milhares de vidas … Os governantes que usurpam direitos, como abutres, alimentam-se dos restos mortais de todos aqueles que morreram para se converterem em direitos! Quando se concretiza um direito, meus jovens, eternizam-se essas milhares de vidas! Quando concretizamos direitos, damos um sentido à tragédia humana e à nossa própria existência! O direito e a arte são as únicas evidências de que a odisseia terrena teve algum significado*!”[31]

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*, trad. Iraci D. Poleti, 2.ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004, (Coleção Estado de Sítio).

ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil. São Paulo: Intrínseca, 2019.

ISSNe 2595-1602

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. «Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social», in AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANGUILHEM, Georges. *O Normal e o patológico*, trad. Maria Thereza Redig de Carvalho Barrocas, 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CARVALHO, Salo de. WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Sofrimento e Clausura no Brasil Contemporâneo*: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

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

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília (88-10-05) [Consult. 17 maio 2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil.* Serie C, 149, (06-06-04). [Consult. 17 maio 2019]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>.

COSTA, Wallace Feijó. «Responsabilidade do estado em face de políticas públicas ofensivas aos direitos fundamentais: internação de pacientes com transtorno mental». *R. Defensoria Públ. União*, Brasília, 7 (2014) 291-314. [Consult. 17 maio 2019]. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110382/responsabilidade_estado_face_costa.pdf>.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, trad. Raquel Ramalhete, 38.ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FUX, Luiz. *Recurso extraordinário 841.526 Rio Grande do Sul*. (16-08-01) p.1-101. [Consult. 17 maio 2019]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310025651&ext=.pdf>.

GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos*: breves reflexões sobre o sistema convencional e não convencional. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. «Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil», in FRANCESCO, José Roberto Pacheco Di, *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HABERMAS, Jürgen. «Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos», trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Gisele Cittadino. *Civilistica.com*. 1 (2013), 1-18. [Consult. 10 jan. 2019]. Disponível em: <http://civilistica.com/sobre-legitimacao/>.

ISSNe 2595-1602

LEI nº 10.216/01, *D.O.U* (01-04-09). 2.

MEIRA, Castro. *Agravo regimental no agravo de instrumento nº 1.393.002* - RJ (2011/0004958-0). Rio de Janeiro (11-11-03). [Consult. 17 maio 2019]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21047424/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1393002-rj-2011-0004958-0-stj/inteiro-teor-21047425>.

OLIVEIRA, Walter Ferreira de. «Éticas em conflito: reforma psiquiátrica e lógica manicomial». *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, 2 (2009), p. 48-61. [Consult. 17 maio 2019]. Disponível em: <http://incubadora.periodicos.ufsc.br/index.php/cbsm/article/viewFile/1126/1362>.

RACHELS, James. *Os Elementos da Filosofia da Moral*, 4.ª ed. Barueri: Manole, 2006.

RELATÓRIO DA INSPEÇÃO NACIONAL EM COMUNIDADES TERAPÊUTICAS – 2017. Conselho Federal de Psicologia; Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão; Ministério Público Federal: CFP, 2018. [Consult. 17 maio 2019]. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Relat%C3%B3rio-da-Inspe%C3%A7%C3%A3o-Nacional-em-Comunidades-Terap%C3%AAuticas.pdf>.

SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill* – Utilitarismo e Liberalismo, São Paulo: Ideias e Letras, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil, 13.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[1]Os versos de abertura deste capítulo são de Sueli Rezende, interna do Hospital Colônia de Barbacena, que ao escrever a música que veio a se tornar hino dentro do Hospital, denunciou e criticou o modelo manicomial imposto à época. (ARBEX, 2019, p. 130)

[2]A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, traz extenso rol de direitos e garantias fundamentais, ditos cláusulas pétreas, que constituem expressão da preservação dos direitos humanos individuais. Dentro os direitos lá previstos encontram-se: a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade (5º, *caput*); a não submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (5º, inciso III); nesse mesmo sentido é o previsto nos artigos 3º e 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ratificada pelo Brasil e artigos 4º e 5º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, igualmente ratificada pelo Brasil.

[3] No Brasil, a Lei 10.216/2001, que "Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental", caracteriza as formas de internação e aponta os direitos da pessoa em atendimento psiquiátrico, tendo por finalidade instituir o tratamento manicomial como medida última, extrema e subsidiária em prol de medidas mais brandas que possibilitam a permanência do paciente na sociedade.

[4] A Teoria do Utilitarismo, que remonta à Jeremy Bentham e John Stuart Mill, conforme adiante se demonstrará, advém da filosofia e prega que toda ação, para ser considerada boa e legítima, deve trazer o maior número de felicidade. Assim, para que uma ação seja considerada útil as pessoas, basta que traga o maior número de felicidade e satisfação às pessoas, independente dos meios empregados no decorrer da execução desta mesma ação.

[5] Georges Canguilhem, professor e orientador de Foucault, em *O normal e o patológico* (1966), refere que o anormal não é um doente. Na equação *Normal X Anormal X Patológico*, o anormal é aquele que se coloca fora

ISSNe 2595-1602

do padrão normativo vigente, que é cultural e relacional, mas não ainda patológico. Nas palavras do autor: "A anomalia é a conseqüência de variação individual que impede dois seres de poderem se substituir um ao outro de modo completo. Ilustra, na ordem biológica, o princípio leibnitziano dos indiscerníveis. No entanto, diversidade não é doença. O anormal não é o patológico. Patológico implica pathos, sentimento direto e concreto de sofrimento e de impotência, sentimento de vida contrariada. Mas o patológico é realmente o anormal. Rabaud distingue anormal de doente, porque, segundo o uso recente e incorreto, faz de anormal o adjetivo de anomalia, e, nesse sentido, fala em anormais doentes [97, 481]; no entanto, como, por outro lado, ele distingue muito nitidamente, segundo o critério fornecido pela adaptação e pela viabilidade, a doença da anomalia [97, 477], não vemos nenhuma razão para modificarmos nossas distinções de vocábulos e de sentido. Sem dúvida, há uma maneira de considerar o patológico como normal, definindo o normal e o anormal pela freqüência estatística relativa. Em certo sentido, pode-se dizer que uma saúde perfeita contínua é um fato anormal." (CANGUILHEM, 2009, p. 53) Com efeito, o problema para o anormal é que ele se torna ininteligível. Não se o consegue entender [ex. o transexual]. Como não se o entende, se quer transformá-lo em patológico, e se passa a tratá-los como doente ["louco"].

[6] Artigo 37, §6º, da Constituição Federal brasileira de 1988 e artigo 927, § único, do Código Civil brasileiro.

[7] A casa de Repouso Guararapes constituía-se em hospital privado de saúde de propriedade de Sérgio Antunes Ferreira, tendo sido contratada pelo estado para prestação de serviço público sob a direção do Sistema Único de Saúde. (CORTE INTERAMERICNA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 42).

[8] "Os direitos humanos têm um rosto de duas faces que está voltado tanto para o direito como para a moral. Apesar de seu conteúdo moral, têm a forma de direitos jurídicos. Como normas morais referem-se a todo aquele que 'tenha um rosto humano', mas como normas jurídicas apenas protegem as pessoas na medida em que pertençam a uma determinada comunidade jurídica, em geral os cidadãos de um Estado nacional. Desta forma, existe uma peculiar tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua realização: devem ter uma validade ilimitada para todas as pessoas; mas como se pode obtê-la? Podemos representar a extensão universal dos direitos humanos da seguinte forma: todos os Estados existentes transformam-se em Estados democráticos de direito – não apenas nominalmente –, enquanto cada indivíduo dá a si próprio o direito de escolher sua nacionalidade. Evidentemente estamos muito longe de alcançar esse objetivo. Uma alternativa poderia consistir em que cada um, como cidadão do mundo, obtivesse um direto e efetivo desfrute dos direitos humanos. Neste sentido, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas remete a uma ordem global 'em que os direitos e liberdades estabelecidos nesta declaração sejam completamente realizados'. No entanto, sabemos que está longe de ser alcançado o objetivo de um direito cosmopolita efetivamente institucionalizado." (HABERMAS, 2013, p. 6-7).

[9] A íntegra da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos pode ser consultada em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.> [Consult. 17 maio 2019]

[10] Em âmbito nacional, o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a aderência do Brasil ao Pacto de São José da Costa.

[11] Com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 instituiu-se, em âmbito nacional, o Sistema Único de Saúde – SUS. Reconhecendo a necessidade de proteção do direito à saúde, sua universalidade e o dever do Estado em promove-la e preservá-la (artigo 196 da Constituição Federal), consagrou-se pelo artigo 198 a integralização e unificação dos serviços públicos de saúde como um sistema único que tem por diretriz a descentralização em cada esfera de Governo, o atendimento integral e a participação da comunidade.

[12] Decreto de internalização do pacto internacional à ordem pátria disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.>. [Consult. 17 maio 2019].

[13] Conforme aponta Emerson Garcia, o recente processo de universalização e de internacionalização dos direitos humanos tem sido lento e penoso, mas sua importância para a evolução jurídico-positiva de tais direitos, no entanto, é inegável, sob a ótica da fundamentação, uma vez que facilitou o acolhimento de seu caráter universal e supraestatal, justificando a positivação na ordem interna sem o auxílio de concepções *iusnaturalistas*. (GARCIA, 2015, p. 52)

[14] Veja-se em: <https://ponte.org/governo-bolsonaro-quer-de-volta-os-manicomios-no-brasil/>. [Consult. 17 maio 2019].

ISSNe 2595-1602

[15] Expressão consagrada no livro-reportagem "Holocausto Brasileiro", de Daniela Arbex, e que pode ser ilustrada com a seguinte passagem introdutória da obra: "Sessenta mil pessoas perderam a vida no Colônia. As cinco décadas mais dramáticas do país fazem parte do período em que a loucura dos chamados normais dizimou, pelo menos, duas gerações de inocentes em 18.250 dias de horror. Restam hoje menos de 200 sobreviventes dessa tragédia silenciosa. Boa parte deles está aqui neste livro. E é pelo olhas das testemunhas, das vítimas e de alguns de seus algozes que a história do Holocausto Brasileiro começa a ser contada". (ARBEX, 2019, p. 27).

[16] Conforme Orlando Gomes, a teoria da responsabilidade civil teria mudado seu ângulo visual no tratamento dos problemas. O cerne dessa mudança estaria no "giro conceitual do *ato ilícito* ao *dano injusto*. "A substituição de uma noção pela outra, "mais ampla e mais social", estaria acompanhada basicamente de outras duas: "a substituição pelo mecanismo do seguro" e "a monetarização dos riscos". (GOMES, 1989, p. 291-302).

[17] Pelo princípio da irresponsabilidade estatal que vigorava nos estados absolutistas e despóticos guardava-se a ideia de que "O Rei não erra", entendendo-se que imputar ao estado responsabilização pecuniária constituía entrave ao seu funcionamento. Conforme Sergio Cavalieri Filho: "Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário a ação de indenização quase sempre resultava frustrada." (CAVALIERI FILHO, ANO, 2008 p. 228)

[18] Documento disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. [Consult. 17 maio 2019]

[19] Em Cavalieri Filho, encontra-se: "Os nossos Tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não-impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula." (CAVALIERI FILHO, 2008 p. 241)

[20] No mesmo sentido caminham os tribunais, vejamos: STF. Recurso Extraordinário n. 272.839: "A partir dos precedentes desta Corte, portanto, observa-se que uma das hipóteses do reconhecimento da responsabilidade do Estado, consubstancia-se no dever de vigilância que lhe é atribuído. Assim, apesar do fundamento que considera a configuração de uma espécie de culpa genérica da Administração (*faute du service)*, destaco o argumento jurídico de que, no caso concreto sob análise, a responsabilidade advinda do dever de vigilância ou guarda pode ser objetivamente imputado ao aparato estatal". (RE 272839, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00417 RTJ VOL-00194-01 PP-00337 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 236-257 RT v. 94, n. 837, 2005, 129-138)

[21] RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

[22] Diferenciando-se da teoria do risco administrativo mitigado, a teoria do risco administrativo integral impõe, de forma objetiva o dever de reparação civil, sem possibilidade de oposição de excludentes de responsabilidade. Excepcionais casos são admitidos na esfera do ordenamento pátrio, a exemplo pode-se citar os casos em que o dano provocado resulta em prejuízo ao meio ambiente. O dano ambiental, portanto, é reparado com vistas à teoria do risco administrativo integral, subtraindo a oportunidade de indicação e discussão no caso concreto de evento apto a quebrar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do causador do dano. É o que se infere do Recurso Especial Repetitivo nº 1374284/MG. Dados do julgado: REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014.

[23] A eletroconvulsoterapia consiste na provocação de alterações no cérebro do paciente por meio do uso de correntes e descargas elétricas aplicadas na região das têmporas. A técnica ainda é usada no Brasil. Regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução 1.640/2002, exige regras específicas para a sua adoção, estabelece a necessidade, sempre que possível, de autorização do paciente ou de seus familiares, elenca as doenças elegíveis para o tratamento extremo, bem como exige aplicação de anestesia geral e relaxantes musculares para o alívio das convulsões provocadas. Íntegra do documento em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1640_2002.htm>. [Consult. 17 maio 2019].

[24] Sobre a crueldade de tratamento verificada dentro de instituições manicomiais e especificamente sobre o Hospital Colônia de Barbacena, Daniela Arbex relata a seguinte passagem sobre uma das internas: *"Por diversas vezes, teve sangue retirado sem o seu consentimento por vampiros humanos que enchiam recipientes de vidro, a fim de aplicá-lo em organismos mais debilitados que o dela, principalmente nos pacientes que passavam pela*

ISSNe 2595-1602

lobotomia. A intervenção cirúrgica no cérebro para seccionar as vias que ligam os lobos frontais ao tálamo era recorrente no Colônia. Embora tenha sido considerada uma técnica bárbara da psicocirurgia, a lobotomia ainda é realizada no país." (ARBEX, 2019, p. 53-54).

[25] Nas palavras de Eliane Brum: "O fato é que, desde o século XX, a morte tornou-se marginal na nossa sociedade, algo a ser escondido dentro dos hospitais, em ambiente asséptico. E o morrer tornou-se um ato quase obsceno, que nos lembra de nossos limites num momento histórico obcecado pela juventude e pela potência. Nossa crescente impossibilidade de lidar com a certeza da morte produziu pelo menos duas distorções: médicos que abusam do poder e extrapolam limites e pessoas infantilizadas no momento de tomar uma das decisões mais importantes da vida. "Reparem que escolho a palavra "pessoas" – e não "pacientes", nosso nome a partir do momento em que entramos num hospital, clínica ou consultório médico. Como pessoas, temos uma história, um percurso, uma teia de sentidos. Como pacientes, como a etimologia da palavra nos prova, tanto quanto a prática cotidiana, somos esvaziados de nossos sentidos e de nossa história para nos tornarmos um sujeito passivo. A palavra "paciente" vem do latim patientia, que significa "virtude que consiste em suportar os sofrimentos sem queixa. "Somos "pacientes" com relação a um outro, que tem poder sobre nós. E não é obra do acaso que, tanto na posição de doentes quanto na de velhos, médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, assistentes sociais, fisioterapeutas etc seguidamente nos tratam por diminutivos, como se fôssemos crianças pequenas. É difícil quem não tenha vivido ou testemunhado esse tratamento num hospital, clínica ou consultório. Parece apenas trivial, alguns consideram até carinhoso, outros vagamente irritante, mas a escolha das palavras desvela nosso lugar – e também um processo histórico e um embate no campo da ética.". Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/09/voce-quer-ser-pessoa-ou-paciente.html> . [Consult. 10 maio 2019].

[26] A referida resolução trata dos critérios sobre o uso de tratamentos considerados invasivos ou dolorosos em casos clínicos nos quais não exista qualquer possibilidade de recuperação para o doente, possibilitando a este realizar sua diretiva antecipada de vontade (também conhecido como testamento vital), de modo a registrar o seu desejo quanto à realização (ou não) de atos que importem mero prolongamento da vida, sem constituir eutanásia. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3>. [Consult. 10 maio 2019].

[27] Artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal brasileira de 1988.

[28] Em termos técnicos, cidadão de um Estado é todo aquele que pode gozar dos direitos políticos garantidos pelo ente soberano, bem como está obrigado ao seu exercício na forma prevista. Assim, ser cidadão de um Estado pressupõe a necessidade do uso, gozo e exercício dos direitos políticos. Contudo, aqui se empregou o termo cidadão no sentido de se reconhecer a todas as pessoas sob o território do país que ratificou a carta internacional, os direitos nela previstos. Ainda, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no *Habeas Corpus* n. 94016, inclusive não apenas brasileiros e estrangeiros residentes no país têm assegurados os direitos fundamentais da carta republicana, mas também os estrangeiros, ainda que não residentes, lógica que decorre do tratamento humano universal. Acórdão disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC94016.pdf> [Consult. 17 maio 2019].

[29] Em decisão liminar de abril de 2019, o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), por meio da Ministra Cármen Lúcia, determinou a validade da Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), que, em seu artigo 3, assim refere: "Art. 3° - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e **cura das homossexualidades**." (g.n.). O STF determinou que deve continuar valendo na íntegra a mencionada Resolução, e que a 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região prestem informações. A decisão da ministra foi dada na Reclamação n. 31.818 ajuizada pelo CFP contra sentença do juiz da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal de dezembro de 2017, que, em ação popular ajuizada por psicólogos, determinou que o CFP não aplicasse os termos da resolução. Decisão da Reclamação disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/carmen-lucia-revoga-decisao-autorizou.pdf>. [Consult. 14 maio 2019].

[30] "A estimativa é que 70% dos atendidos [no Hospital Colônia de Barbacena] não sofressem de doença mental. Apenas eram diferentes ou ameaçavam a ordem pública. Por isso, o Colônia tornou-se destino de desafetos,

ISSNe 2595-1602

homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos. A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos. Livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência em local que a vista não pudesse alcançar." (ARBEX, 2019, p. 25).

[31] Trechos do texto da Juíza Federal Raquel Domingues do Amaral – Sabem do que são feitos os direitos, meus jovens? Veiculado no site: <https://www.geledes.org.br/texto-exemplar-da-juiza-federal-raquel-domingues-do-amaral/> [Consult. 17 maio 2019].

ISSNe 2595-1602

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Valquíria Cunha de Sousa[1]

RESUMO

O presente artigo tem como escopo o conceito histórico sobre a Responsabilidade Civil do médico cirurgião plástico, observando o dano estético e moral, causado por erro médico em cirurgias plásticas, analisando se é uma obrigação de meio ou de resultado. É inegável que é cada vez maior o número de cirurgias plásticas e, em decorrência, passa-se a observar o número de demandas judiciais que tem como alegação o erro médico. Essa situação vem gerando inúmeras discussões sobre o assunto, tanto em esfera médica, quanto na jurídica, como a forma de se compreender o motivo de tamanha demanda.

Palavras-chave

Obrigação de meio; Obrigação de resultado; Erro médico; Indenização; Responsabilidade Civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Auxiliar de escritório, estudante de Direito. E-mail: sousa23val@outlook.com

INTRODUÇÃO

Em dias atuais é crescente o número de pessoas que vem em busca da perfeição, sujeitando-se à diversas cirurgias, sendo essas estéticas, por busca de um padrão de beleza, por um problema de aceitação em sociedade. Entende-se portanto que a responsabilidade civil remete-se ao "Dano Estético por Erro Médico na Cirurgia Plástica", visto a princípio esse amparo físico da pessoa, objetando essa relação contratual entre o médico e paciente.

A principal importância neste artigo, é analisar a distinção entre a Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado. A obrigação de meio é esperado que o devedor (médico) se utilize de prudência e que todo cuidado seja possível para que o resultado seja alcançado. Já na obrigação de resultado tem como objetivo a realização de uma atividade que visa obter um resultado claro e definido.

As lesões estéticas ocasionado por médicos decorrem de imprudência, negligência ou imperícia desse profissional. Desta forma, a lesão deve ser reparado tanto o estético quanto o moral, visto que os dois prosseguem juntos.

Entre outros pontos importantes da pesquisa, buscarei debater a responsabilidade civil que está definida no Código Civil, como: " a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam", verificar se o agravo experimentado pela vítima deve ou não ser retificada, e a quantia que poderá ser paga.

A obrigação do médico pode ser tratada no campo civil, penal e ético, mas refere-se sobretudo de uma questão civil.

ISSNe 2595-1602

OBJETO DO ESTUDO

O referido trabalho tem como objeto do estudo fazer uma análise sobre a responsabilidade do médico cirurgião plástico diante de um erro médico ocorrido pelo mesmo, sendo este por culpa ou sem. A obrigatoriedade do médico responsável surge a partir do momento em que ele em uma relação contratual se compromete em obter um resulto satisfatório ao seu paciente.

REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO

O termo médico vem do latim *médicus,* é aquele profissional que pratica plenamente a medicina, referindo-se a medicina, a arte e a ciência tratar e evitar doenças. A meio de outras categorias, a que nos compete nesse instante, é a do *Cirurgião Plástico*, o termo *cirurgião* vem do grego (queir= mão e errgon= obra), cura através de artes

operatórias, é o médico que desempenha a cirurgia... e *plástico* refere-se a reconstrução de tecidos, restauração de partes e reparação de malformações por meio da cirurgia plástica. Desta forma os cirurgiões plásticos são profissionais instruídos na restauração de defeitos, atendem os problemas estéticos, aperfeiçoando ou consertando o aspecto físico-funcional de alguém. Existem duas regras fundamentais aplicáveis à responsabilidade civil dos profissionais liberais da área da saúde, conduzindo à sua responsabilização subjetiva, fundada na culpa. A primeira delas é o art. 951 do Código Civil, segundo o qual "o disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". (TARTUCE, cap 14, p.1270). Embora que no contrato de prestamento de serviços, ora escrito ou verbal, os médicos se submetem a uma prestação de trabalho mais amplo, contendo um resultado positivo, os seus atos não resumem-se somente deles, mas de uma série de elementos como, por exemplo, a assepsia do ambiente (sala de cirurgia), os medicamentos, a própria reação do paciente, e assim por diante. Via de regra a vítima exerce um direito assegurado pela Constituição Federal, previsto no artigo 5º, XXXV, também pode-se considerar o paciente como consumidor, de acordo com o artigo 2º do Código do Direito do Consumidor, por ser destinatário final do serviço médico, que o mesmo pode ser considerado pessoa física que desenvolve a atividade de prestação de serviços.

PRINCIPAIS TÓPICOS

- ✓ Há uma existência de contrato entre o credor (paciente) e o devedor (médico), podendo ela ser escrita ou verbal com o resultado vindo a ser adimplindo da parte passiva dessa relação contratual.
- ✓ A obrigação de não fazer do médico, acarreta na sua responsabilidade civil, podendo este responder, indenizar pelo inadimplemento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, podemos concluir que o médico cirurgião-plástico que realiza cirurgias para embelezamento é o responsável pelo seu resultado de acordo com o posicionamento da legislação atual, ele possui a obrigação de garantir o resultado final, pois se o paciente opta por realizar este tipo de cirurgia, o mesmo deposita sua confiança na suposta capacidade do médico e na medicina, apesar de não ser uma ciência exata.

REFERÊNCIAS

TARTUCE, Manual de Responsabilidade Civil, Vol. Único, 2018

CEZARINI, Monografia apresentada, UTP, 2003.

ISSNe 2595-1602

FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

Amanda de Paiva Lucas Araújo[1]

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), promulgada em 5 de outubro de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã", elenca ao longo de seu texto diversos direitos fundamentais, importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia a atual Constituição vigente no Brasil. Ainda, é evidente que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é primordial para sua a concretização. Assim, defende-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros. Embora exista previsão legal relacionada à preservação do meio ambiente, desastres ambientais ocorrem, por vezes originados pela falta de adoção de mecanismos que possibilitem o exercício de atividades econômicas aliadas à conservação ambiental. Nesse sentido, se faz imperiosa a análise da responsabilidade civil ambiental no Brasil, sendo este o objeto de estudo no presente trabalho. Ainda, pretende-se defender que a responsabilidade ambiental deve ser não apenas reativa, mas também preventiva, visando coibir a ocorrência de novos desastres. Ao longo do trabalho serão analisadas as iniciativas dos deveres de segurança e deveres do tráfego, com vistas a concluir sobre qual seria o modelo de responsabilidade civil que atende as especificidades exigidas pelo meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Dano ambiental. Dever.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda no curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail:<amandaplaraujo@hotmail.com>.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), promulgada em 5 de outubro de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã", elenca ao longo de seu texto diversos direitos fundamentais, sendo que no presente trabalho é essencial a análise do art. 225 do referido dispositivo legal.

De acordo com o art. 225 da CRFB/88, "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.".

Importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia a atual Constituição vigente no Brasil. Ainda, é evidente que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é primordial para sua a concretização. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que:

> A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. (2002, p. 58).

ISSNe 2595-1602

Assim, coaduna-se com o posicionamento do supracitado doutrinador e defende-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros.

Como forma de possibilitar um maior embasamento teórico, cita-se Marcos Destefenni, segundo o qual "uma das mais evidentes e preocupantes ofensas à dignidade da pessoa humana decorre da agressão ao meio em que o ser humano vive e em que se relaciona." (2005, p. 134). Ainda, conclui em sua obra "A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental", visão da qual partilha-se no presente estudo, que "o dano ambiental é uma das maiores afrontas à dignidade da pessoa humana." (2005, p. 134).

Lucas Abreu Barroso cita em sua obra Solange S. Silva-Sánchez, segundo a qual o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa, evidentemente, a luta por uma melhor qualidade de vida". Ainda, com base na citação da pesquisadora, Lucas Barroso conclui acertadamente que tal situação "amplia o conteúdo da cidadania enquanto forma de expressão do processo participativo no contexto da sociedade política." (2006, p. 122).

É imprescindível salientar a importância da Declaração da Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) no Ambiente Humano, primeira reunião global voltada ao meio ambiente, realizada em Estocolmo em junho de 1972. Na oportunidade a Conferência das Nações Unidas dispôs expressamente no princípio 1 do documento que:

> O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. (DECLARAÇÃO DA CONFERENCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO AMBIENTE HUMANO).

Desta forma, desde a Conferência de Estocolmo, ocorrida em 1972, o sistema internacional reconhece o meio ambiente de qualidade, ecologicamente equilibrado, como um direito fundamental humano.

Ainda assim, embora exista previsão legal relacionada à preservação do meio ambiente, desastres ambientais ocorrem, por vezes originados pela falta de adoção de mecanismos que possibilitem o exercício de atividades econômicas aliadas à conservação ambiental.

A título de exemplo, lembra-se que o Brasil enfrentou recentemente dois dos maiores desastres ambientais de sua história, o rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho. No primeiro, ocorrido em 5 de novembro de 2015, houve o vazamento de 43,7 milhões de m³ para o Rio Doce e os seus afluentes, destruiu diversos distritos, deixou milhares de cidadãos desprovidos de meios de subsistência, além de ter ocasionado a morte de 15 (quinze) pessoas, conforme reportagem do G1.

O rompimento da barragem de Brumadinho, por sua vez, ocorreu em 25 de janeiro de 2019 e deixou 235 (duzentos e trinta e cinco) mortos, além de 35 (trinta e cinco) desaparecidos, de acordo com notícia do El País.

Nesse sentido, diante dos fatos narrados e da importância do direito ao meio ambiente atestada, se faz imperiosa a análise da responsabilidade civil ambiental no Brasil, sendo este o objeto de estudo no presente trabalho. Ainda, pretende-se defender que a responsabilidade ambiental deve ser não apenas reativa, mas também preventiva, visando coibir a ocorrência de novos desastres, tais como os ocorridos em Mariana e Brumadinho.

Por meio de pesquisas bibliográficas, pretende-se a atingir o escopo supracitado. Assim, ao longo do trabalho, serão explanadas a visão clássica da responsabilidade ambiental e possíveis alternativas que melhor se adequem ao cenário presente no país.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

A priori, para que seja possível tecer as considerações relacionadas à responsabilidade civil por dano ambiental, é imperioso que se conceitue a visão adotada no presente trabalho no que concerne ao dano ambiental/ecológico.

Marcos Destefenni expõe em sua obra o posicionamento de José de Souza Cunhal Sendim, segundo o qual dano ecológico “seria a alteração causada pelo homem das qualidades físicas, químicas ou biológicas dos elementos constitutivos

ISSNe 2595-1602

do ambiente ou das relações recíprocas entre eles" (2005, p. 132). Todavia, em que pese seja possível afirmar que as alterações citadas pelo pesquisador seriam caracterizadas como dano ambiental, observa-se que o conceito adotado no presente trabalho é mais amplo, vez que os efeitos resultantes dos desastres ambientais, independentemente se de ordem econômica ou social, também se enquadram em tal categoria. Nesse sentido, Bruno Miragem afirma que:

> A noção de dano ambiental é abrangente. Envolve desde a representação da perda ou deterioração do bem ambiental em si mesmo, em condição anterior ao dano, até eventual perda econômica decorrente de sua degradação. (2015, p. 465).

Ainda, importante ressaltar que, conforme se demonstrará posteriormente, a responsabilidade civil por danos ambientais é diferenciada, de modo que tal conceituação, elencada no parágrafo anterior, é mais favorável aos cidadãos.

Quanto à responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil, José Rubens Morato Leite e Melissa Ely Melo ressaltam que:

> No Brasil, e em muitos outros países, foi adotada, na área ambiental, a teoria da responsabilização objetiva, pelo risco criado e pela reparação integral. Entendem-se, por riscos criados, os produzidos por atividades e bens dos agentes que multiplicam, aumentam ou potencializam um dano ambiental. O risco criado tem lugar quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos ou de meios que aumentam o perigo de dano. Nestas hipóteses, as pessoas que causaram dano respondem pela lesão praticada, devido à criação de risco ou perigo, e não pela culpa.
>
> A reparação integral significa que o dano ambiental deve ser recomposto na sua integridade, e não limitadamente, trazendo uma proteção mais efetiva ao bem ambiental. (2007, p. 202).

Assim, conforme se depreende da explicação acima colacionada, a reponsabilidade civil por danos ambientais no Brasil é voltada para a sua função punitiva e reparadora. Entretanto, há ainda a função preventiva, essencial para a adequada aplicação da responsabilidade civil na área ambiental, conforme brilhante conclusão exarada no texto "As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais":

> Ressalte-se que, uma vez ocorrido o dano ambiental, este é de difícil reparação, recuperação ou indenização e, não obstante, o sistema de responsabilidade funciona como uma resposta da sociedade àqueles que atuam degradando o ambiente e devem responder pelos seus atos, sob pena de falta de imputação ao agente poluidor e insegurança jurídica no Estado de Direito do Ambiente. (LEITE; MELO, 2007, p. 198).

ISSNe 2595-1602

Nesse sentido, ainda que seja indiscutível a importância da aplicação das funções punitivas e reparadoras quando o desastre ambiental já houver ocorrido, é essencial que se faça uso da função preventiva da responsabilidade civil, com vistas a evitar uma efetiva conservação do meio ambiente e impossibilitar que novos desastres sejam registrados. Conforme registra Marcos Destefenni, "no mundo inteiro, destaca-se a importância de se evitar a degradação ambiental por meio de uma atuação preventiva." (2005, p. 138).

Neste diapasão, coaduna-se com o posicionamento exarado por Lucas Abreu Barroso, segundo o qual seria de suma importância que a responsabilidade civil se adequasse aos ditames específicos da área ambiental imperiosos para a conservação e preservação do meio ambiente. Ainda, latente a urgência de tais medidas, vez que há uma multiplicação dos danos e desastres ambientais em razão do sistema atual (2006, p. 117). Situação essa comprovada pela ocorrência recente dos dois maiores desastres ambientais da história do Brasil, quais sejam, os rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho.

2.1 DEVER DE SEGURANÇA

Assim, tendo em vista a conclusão exarada no tópico anterior de que há a necessidade de uma adequação da responsabilidade civil às peculiaridades da área ambiental para que seja possível o exercício da função preventiva quanto aos danos ambientais, pretende-se estudar uma alternativa constante no ordenamento jurídico brasileiro.

O chamado dever de segurança adentrou o direito brasileiro por meio da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990), no art. 8º do referido dispositivo legal, em transcrição:

> Art. 8º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, quando há a possibilidade de risco ou perigo, há responsabilidade objetiva do fornecedor. Atualmente o dever de segurança migrou para o direito civil e está presente no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 (CC/2002), que dispõe:

> Art. 927, parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

ISSNe 2595-1602

Assim, nas palavras de Bruno Miragem:

> Esse dever de segurança, ao expandir-se sobre o sistema de responsabilidade civil, será observado nas situações em que a conduta do agente der causa a riscos, a direitos e/ou interesses alheios e, por conta disso, seja a ele imputado um dever de prevenir a ocorrência de danos, vindo a responder pelos que der causa. (2015, p. 99).

Desta forma, considera-se que houve um avanço na legislação brasileira, uma vez que atualmente existe a obrigação de reparar os danos, independente de culpa, quando há a existência de perigo/risco aos direitos alheios. As atividades que são consideradas como possivelmente danosas ao meio ambiente se enquadram nessa alternativa e aqueles que as realizam devem se precaver para que não respondam por um possível dano.

No entanto, será que a solução encontrada pelo legislador é a mais adequada? Será que é suficiente?

2.2 DEVER DO TRÁFEGO

No presente tópico será abordada uma iniciativa portuguesa baseada no direito alemão, com vistas a comparar com a previsão constante na legislação brasileira e analisar quais os defeitos e pontos positivos de cada uma.

O dever do tráfego se encontra previsto no art. 483.º/1 do Código Civil português, segundo o qual:

> Art. 483.º/1 – Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. (PORTUGAL, 1966).

Ainda, o legislador português foi influenciado pelo BGB alemão, em especial pelo item §823/1, que dispõe:

> Section 823 – Liability in damages
>
> (1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, healthy, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this. (ALEMANHA, 1896).

Em suma, tanto a iniciativa alemã quanto a portuguesa pregam que na hipótese de alguém fazer uso, criar ou controlar alguma fonte de perigo, deve adotar

ISSNe 2595-1602

todas as medidas essenciais para evitar quaisquer tipos de danos a terceiros, independentemente se materiais ou morais.

Importante ressaltar que, de acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, em citação constante na obra de Marcos Destefenni:

> O princípio da precaução (Vorsorgeprinzip) recebeu especial atenção na Alemanha, onde foi colocado como ponto direcionador central do Direito Ambiental, devendo ser visto como um princípio que antecede a prevenção, qual seja, sua preocupação não é evitar o dano ambiental, senão porque, antes disso, pretende evitar os riscos ambientais. (RODRIGUES apud DESTEFENNI, 2005, p. 140).

Nesse sentido, o direito alemão, ao se nortear pelo princípio da precaução e dispor sobre o dever de as pessoas evitarem o perigo, busca coibir os riscos ambientais, ou seja, impedir que ocorra danos ao meio ambiente.

Ainda, nas palavras do português António Menezes Cordeiro, “quando a atividade seja perigosa e dela decorram danos, é ao beneficiário que cumpre provar o efectivo cumprimento de tais deveres: tal é o direito concreto sentido que, aqui, assume a presunção de culpa.” (2010, p. 587).

Desta forma, há uma presunção de culpa, o que significa que o ônus de provar que adotou todas as medidas possíveis e necessárias para evitar o dano incumbe àquele que será responsabilizado, conforme se depreende da conclusão exarada por António Cordeiro:

> Para prevenir o perigo, a lei prevê os deveres do tráfego aqui em causa: tais deveres não são, todavia, predeterminados, nem nos seus sujeitos, nem no seu conteúdo, de modo a poderem dar azo a uma verdadeira obrigação. Eles antes nascem e desaparecem ao sabor de muitas circunstâncias que podem acompanhar cada uma das situações em presença. E justamente por essa natureza caleidoscópica, torna-se impossível, ao lesado, fazer a prova da sua existência, do seu conteúdo e do incumprimento culposo. Donde a inversão do ónus: é ao lesante que compete fazer a prova da sua correcta execução ou, na linguagem tradicional usada no Código Vaz Serra: da sua ausência de “culpa”. (2010, p. 588).

Portanto, os deveres do tráfego, previstos no ordenamento português e alemão, diferem dos deveres de segurança, iniciativa do legislativo brasileiro, por possuírem um caráter mais preventivo, não apenas do dano, mas também das possibilidades de perigo. Ainda, nas palavras de António Cordeiro:

> Os deveres do tráfego têm natureza aquiliana: são puramente defensivos, visando evitar danos; não têm nem sujeitos nem conteúdo predeterminado; o seu incumprimento só releva havendo danos (ou, em termos cautelares, a iminência dos mesmos). (2010, p. 589).

ISSNe 2595-1602

Assim, os deveres do tráfego estariam adequados aos ditames específicos da área ambiental, imperiosos para a conservação e preservação do meio ambiente, vez que atendem a função preventiva da responsabilidade civil.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, importa destacar que, conforme discutido ao longo do presente estudo, a responsabilidade civil quando aplicada à área ambiental deve atender as funções preventivas, reparadoras e punitivas. Ainda, salienta-se que o foco deve ser o viés preventivo, vez que o dano ambiental é de difícil recuperação.

Nesse sentido, a aplicação da responsabilidade civil deve estar em concordância com as especificidades exigidas pelo meio ambiente, de modo que, pelos motivos expostos, os deveres de tráfego seriam a iniciativa que melhor se adequa a tal exigência.

Ainda, registra-se a importância dos deveres de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que seja fundamental a ocorrência de ajustes para que a legislação do país mantenha o caráter reparador e se torne incisiva quanto ao preventivo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Código Civil Alemão de 18 de agosto de 1896. German Civil Code (BGB). Disponível em: < http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

ISSNe 2595-1602

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. – v. 2º: Direito das obrigações. Coimbra: Almedina, 2010.

DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO AMBIENTE HUMANO, ONU, Estocolmo, 1972. Disponível em: < www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 02 jun. 2019.

DESTEFENNI, Marcos. A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental. Campinas: Bookseller, 2005.

G1. Há 3 anos, rompimento de barragem de Mariana causou maior desastre ambiental do país, 2019. Disponível em: < https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/ha-3-anos-rompimento-de-barragem-de-mariana-causou-maior-desastre-ambiental-do-pais-e-matou-19-pessoas.ghtml>. Acesso em: 02 jun. 2019.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. A maldição das minas no Brasil: entre o medo do desemprego e o fantasma da impunidade. El País, 2019. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/04/politica/1556925352_146651.html>. Acesso em: 02 jun. 2019.

LEITE, José Rubens Morato; **MELO**, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. Revista Sequencia, nº 55, p. 195-218, dez. 2007.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTUGAL. DL nº 47344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0483&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 01 jun. 2019.

ISSNe 2595-1602

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO MORAL À PESSOA PÚBLICA - APLICAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

Aila Tiemi Werneck de Castro da Silva[1]

Henrique Galate Lima Moraes[2]

RESUMO:

A pesquisa baseia-se na jurisprudência nacional, a fim de analisar a responsabilidade civil pelo dano moral cometido contra pessoa pública. O estudo é realizado mediante a pesquisa dogmática, instrumental e técnicas bibliográficas, buscando na doutrina, jurisprudência e legislação a delimitação dos direitos de liberdade de expressão e informação frente aos direitos personalíssimos das pessoas notórias. O presente trabalho busca demonstrar que as pessoas públicas, apesar de sua notoriedade midiática, devem ter resguardados os seus direitos personalíssimos assim como qualquer outro indivíduo, vez que a dignidade é inerente a todos os seres humanos. Isto posto, é mister destacar a extrema relevância da temática abordada, vez que a expansão da comunicação e a complexificação das interações humanas exigem do direito debates atuais, que tenham como escopo solucionar quaisquer violações aos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Dano moral. Pessoa Pública. Direito à Privacidade.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado Do Pará – CESUPA. E-mail: ailatiemi@hotmail.com

[2] Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. E-mail: henriquegalate@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A comunicação é um processo fundamental para a interação humana, sendo inteligível o fato de que o ser racional adquire a consciência de si e dos outros por meio dela, introjetando, concebendo, reproduzindo e propagando pela linguagem, comportamentos, valores, normas e suas acepções na sociedade em que vive.

O processo da comunicação é executado pela linguagem, especialmente, em sua manifestação escrita e oral, as quais no decorrer da história da humanidade vêm se diversificando, tornando-se mais complexas e se difundindo em novos canais.

Hodiernamente, com a internet, a televisão, os serviços de transmissão de dados via *streaming* e mecanismos similares de comunicação e informação, torna-se exequível a interação entre as pessoas sem maiores constrangimentos de espaço e tempo.

Dessa forma, a amplificação da comunicação, exponenciada pelas tecnologias contemporâneas, promoveu debates mais diversificados acerca dos direitos e garantias que os indivíduos possuem nesse novo contexto, com destaque para a liberdade de expressão.

ISSNe 2595-1602

Isto posto, é mister ressalvar que os avanços dos modelos de comunicação contemporâneos constituem grande perigo à privacidade, principalmente das pessoas públicas, as quais, naturalmente, são alvo de notícias e investigações, motivo pelo qual a intervenção do direito civil atenuando possíveis lesões a direitos e restituindo o equilíbrio nas relações humanas é indeclinável.

Sobre a temática, cabe o adendo de que a privacidade pode ser entendida como a liberdade individual de cada pessoa para gerir o seu espaço físico e mental de bem-estar, equilibrando aquilo que deseja expor de si, daquilo que prefere manter em sua esfera íntima e pessoal.

Em síntese, é possível inferir que nunca antes os direitos à liberdade de expressão e informação foram tão efetivos. E, em contrapartida, as questões sobre a limitação destes direitos frente aos direitos de personalidade dispararam, motivo pelo qual o presente estudo recorreu a análise da lógica utilizada pelo STJ ao julgar casos de pessoas públicas que tiveram seus direitos personalíssimos atingidos de algum modo, pela liberdade de expressão.

Assim, o presente artigo vem a explanar sobre essa situação na contemporaneidade através de uma interpretação de dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, será feita inicialmente uma abordagem sobre o dano moral com enfoque nas dimensões de direitos fundamentais, prosseguindo-se com o tema tratando do que se entende por liberdade de expressão e informação e suas limitações frente aos direitos personalíssimos.

No andamento do estudo optou-se por uma fonte decorrente da análise bibliográfica sobre o tema, por intermédio de consulta a doutrina, a legislação brasileira e artigos científicos publicados na rede mundial de computadores, os quais contribuíram para o enriquecimento da obra.

1. O CONCEITO DE DANO MORAL

Um dos escopos do direito civil é tutelar os direitos legítimos dos particulares, seja em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial. Sendo que, o instituto jurídico do dano moral recai nesta última, podendo ser caracterizado como todo sofrimento humano não derivado de perda pecuniária (Savatier, apud Santini, p. 14).

ISSNe 2595-1602

O dano moral atinge tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, entendimento este firmado pelo STJ na súmula 227. Sendo válido ressaltar que, para as pessoas naturais não é necessária comprovação da existência do dano sofrido, enquanto que as pessoas jurídicas devem provar a ocorrência do “fato lesivo”, a fim de expressar o dano moral.

Portanto, em alguns casos, admite-se o dano moral *in re ipsa*, havendo presunção de dano no momento do ocorrido. Exemplificando: No caso de uma mãe que perde o filho em acidente de carro, se presume, por óbvio, o sofrimento da mãe com a situação, portanto, não precisaria de comprovação do dano moral para alegá-lo.

Conforme preceitua o inciso V, do artigo 5º da CF/88: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem” e, o inciso X do mesmo dispositivo legal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Deste modo, partindo da premissa de que a dignidade da pessoa humana é o alicerce de todos os outros direitos fundamentais, considera-se a possibilidade de a categoria do dano moral ser interpretado como a forma ideal de resguardar os bens constituintes da dignidade da pessoa.

Assim sendo, as hipóteses do dano moral estariam postas para a pessoa humana como um todo, representando um valor sem limites, sendo tutelado o valor da personalidade humana em todas as suas dimensões, garantido pelo princípio constitucional da dignidade humana (MORAES, 2008, p. 114 apud BONNA, 2018, p.46).

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF, possui caráter altamente abstrato e é, portanto, desprovido de conceituação, porém pode ser entendido como aquele que simboliza o valor do ser humano. Em síntese, todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade e, por conseguinte, devem ter seus direitos resguardados.

Isto posto, considera-se o referido princípio como o fundamento do ordenamento jurídico brasileiro e, como consequência, base dos demais valores previstos em nossa Constituição.

Desta forma, os direitos à liberdade de expressão, à informação, à honra, à vida privada e à intimidade, ora objetos de análise, juntamente com outros direitos, constituem os chamados direitos de personalidade, sendo todos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

As liberdades de expressão e informação estão dispostas na Constituição da República de 1988 em seus artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e 220.

Não obstante, a Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua em seu artigo 19:

> Art. 19. DUDH. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Conforme expõe o dispositivo retrocitado, a liberdade de expressão compreende a faculdade de expressar livremente ideias, pensamentos e opiniões,

ISSNe 2595-1602

enquanto que a liberdade de informação consiste na habilidade de o indivíduo comunicar e receber informações verídicas sobre os fatos, sem que haja impedimento para tanto.

Demais disso, têm-se que a CF/88 veda a prática da censura, ou seja, o óbice a livre circulação de informações pelo Poder Público. No entanto, eventuais restrições podem vir a acontecer caso exista lesão a outro direito fundamental do ordenamento jurídico.

Outrossim, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz a chamada "reserva legal qualificada", em seu artigo 220, §1º:

> Art. 220. CF
>
> (...)
>
> §1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

ISSNe 2595-1602

Constituindo, desta maneira, um limite à liberdade de expressão e informação em vistas aos direitos personalíssimos dos indivíduos, tais como à honra, à privacidade e à imagem.

3. DISPOSIÇÃO ESPONTÂNEA DA PRIVACIDADE DA PESSOA PÚBLICA

A pessoa pública pode ser definida como aquela que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada; ainda que para lazer ou entretenimento, independente do lucro ou caráter eminentemente social de sua atuação. (SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos… São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.89.).

Assim sendo, a personalidade da pessoa pública toca ao interesse coletivo, surgindo daí o debate acerca da inexistência de proteção legal a seus direitos personalíssimos, sob a justificativa de que a notoriedade desses indivíduos interfere na atuação do direito neste aspecto.

Neste diapasão, alguns doutrinadores afirmam que as pessoas célebres ao se colocarem frente ao público, imediatamente abdicam de seus direitos ligados à personalidade e, assim, perdem a faculdade de requerer a proteção destes bens.

Todavia, a referida argumentação não deve prosperar, pois os direitos da personalidade possuem características tais quais imprescritibilidade, inalienabilidade e intransmissibilidade que impedem sua supressão.

Além disso, é totalmente questionável o argumento da "disposição espontânea" supostamente realizada pelas pessoas célebres de seus direitos personalíssimos, pois sequer existe instrumento legal pelo qual a pessoa pública abdicaria destes.

Portanto, ainda que as pessoas públicas possuam personalidades notórias, estas devem ter, assim como os outros indivíduos, seus direitos personalíssimos resguardados.

4. APLICAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Isto posto, é mister destacar o método bifásico para aplicação do dano moral, estabelecido pelo STJ, por meio da súmula 287. O método consiste em sua primeira fase, de uma análise dos valores que outros tribunais vêm aplicando em casos semelhantes. Já a segunda fase, consiste no exame das particularidades do caso concreto pelo juiz, podendo, este se achar devido, aumentar ou diminuir o valor do dano, aferido na primeira fase.

O trecho do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1127913/RS, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014, correlata a temática:

> O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias,

ISSNe 2595-1602

> procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.

Neste caso, o próprio STJ, seja pelo método bifásico, seja pelo teor da súmula 281, segundo a qual "a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa", salienta a relevância de uma análise individualizada de cada caso concreto, rechaçando qualquer forma de pré-fabricação e tarifação/tabelamento do valor dos danos morais. (BONNA, 2018, p.180-109).

Deste modo, cabe ressaltar que, apesar do avanço na aplicação do dano moral, permitido pelo método bifásico do STJ, ainda é necessário que o juízo busque um assessoramento mais humanizado, analisando para além da lesão sofrida, seus efeitos futuros na vida da vítima.

Circunstâncias como o tempo de duração do sofrimento; os projetos cancelados por conta do dano sofrido, as consequências geradas no âmbito da vida doméstica da vítima e afins, devem ser analisadas no caso concreto, pois, assim como o dano por si só, causam um desequilíbrio injusto na vida do ofendido, que terá de se adaptar com o novo statu quo, em decorrência da conduta de terceiro (BONNA, 2018, p. 109-113).

ISSNe 2595-1602

CASO RAFINHA BASTOS x WANESSA CAMARGO

O presente caso trata da ação de indenização por danos morais interposta por Wanessa Godói Camargo Buaiz, Marcos Buaiz e J. M. D. C. B. (nascituro à época do ocorrido), em face de Rafael Bastos Hocsman, conhecido como "Rafinha Bastos", por ter feito um comentário com alto grau de reprovabilidade no programa de televisão "CQC - Custe o Que Custar", no ano de 2011.

O processo teve início na 18º Vara Cível da Justiça de São Paulo, onde Rafinha foi condenado a pagar 30 salários mínimos, 10 salários para cada autor. Ambas as partes recorreram da decisão, a autora com intuito de aumentar o valor da indenização e o réu pleiteando a extinção do processo sob a justificativa de que o nascituro não possui legitimidade ativa.

O tribunal *a quo*, deu provimento ao recurso da parte autora elevando o valor da indenização para R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), sendo R$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada autor. Quanto ao recurso do polo passivo, o juízo *a quo* negou tal apelação. O ofensor interpôs, ainda, embargos de declaração, cujo provimento foi negado. A parte autora, satisfeita com o valor indenizatório não opôs recurso.

O réu, acreditando estar sofrendo uma injustiça, decidiu levar a causa à corte superior deste país por meio do recurso especial nº 1.487.089 - SP (2014/0199523-6), indicando violação aos artigos 333, I, 535, II, e 558 do Código de Processo Civil (o CPC vigente à época do ocorrido era o de 73); 186, 884 e 944 do Código Civil e 60 do Código de Defesa do Consumidor.

A parte passiva, requereu efeito suspensivo no recurso especial e, no mérito, apresentou existência de omissões no acórdão do juízo *a quo*. Entretanto, não se deu prosseguimento ao recurso, já que a decisão foi dada no sentido de inexistência de omissão.

Não satisfeito, o recorrente interpôs agravo seguindo o disposto no artigo 544, CPC/73, sendo aceito pelo ministro Marco Buzzi, que determinou sua fungibilidade para recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu o recurso especial de forma quase unânime, tendo apenas um ministro votado para que fosse reduzido o *quantum* indenizatório.

A decisão foi sentenciada da seguinte maneira:

> EMENTA
>
> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTECEDENTE - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPORTADOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIA NO MONTANTE DE R$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. Hipótese: A controvérsia cinge-se a aferir a existência ou não de dano moral indenizável em razão do conteúdo de frase pronunciada em programa humorístico veiculado na televisão aberta. 1. Revela-se inviável o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ante a inadequação da via eleita, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal pedido deve ser formulado de forma apartada, ou seja, mediante ação cautelar (artigo 288 do RISTJ), não se admitindo sua inserção nas razões do apelo extremo. Precedentes. 2. Quanto à apontada violação do art. 535, inciso II, do CPC, aplicável à hipótese

ISSNe 2595-1602

> o óbice da súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação do recorrente, uma vez que apenas alegou, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido. 3. Inaplicável, ao caso, o óbice sumular nº 7/STJ, porquanto incontroverso o teor do comentário tecido pelo recorrente e, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes. 4. Quanto à tese de responsabilização civil do réu pelo comentário tecido, aplicável o óbice da súmula 320 desta Corte Superior, pois o fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ. 5. Apesar de em dados e específicos momentos ter o Tribunal a quo, implicitamente se referido a questões existentes no ordenamento legal infraconstitucional, é certa a índole eminentemente constitucional dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, não tendo o recorrente interposto o regular recurso extraordinário, a atrair o óbice da súmula 126 desta Corte Superior. Precedentes. 6. No que tange ao pedido subsidiário de redução do quantum indenizatório fixado pela Corte local em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, totalizando a quantia de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ponto sobre o qual, implicitamente, houve o prequestionamento de dispositivo de lei federal, haja vista que nos termos do artigo 944 do Código Civil "a indenização mede-se pela extensão do dano" - não merece acolhida a irresignação ante a aplicação do óbice da súmula 7/STJ. O Tribunal local analisou detidamente a conduta do ofensor, as consequências do seu comentário, a carga ofensiva do discurso, o abalo moral sofrido pelos autores e, de forma proporcional e razoável, o valor da indenização a ser custeada pelo réu para aplacar o sofrimento, a angústia e a comoção imposta aos ofendidos. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ). 7. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, desprovido.

Demais disso, o ministro Marco Buzzi, em seu voto, aduziu o seguinte argumento sobre o âmbito do dano moral:

> Neste iter, verifica-se das conclusões externadas pelas instâncias precedentes que o comentário tecido pelo acionado em veículo de comunicação televisivo de âmbito nacional, dando conta de que o protagonista da manifestação gostaria de manter relações sexuais com a esposa do outro personagem do diálogo, além do próprio

ISSNe 2595-1602

> nascituro, é reprovável, agressivo e grosseiro, sendo efetivamente causador de abalo moral.

Portanto, observar-se o fundamento da decisão pautado no afrontamento do réu aos direitos de personalidade dos autores, especificamente à dignidade, à honra, e à imagem.

Outrossim, a decisão ao observar que a liberdade de expressão da imprensa, também positivada na Carta Magna e na Lei própria de Imprensa, não sobrepôs, no caso concreto, os direitos fundamentais do polo ativo da ação, em virtude de o acontecimento não legitimar de forma saudável o dever de informação inerente a profissão.

CASO MARIA CAROLINA ÁLVARES FERRAZ x GRUPO DE COMUNICAÇÃO TRÊS S/A

Este caso, diz respeito a pessoa pública, Maria Carolina Álvares Ferraz que, postulou a condenação do Grupo de Comunicação Três S/A ao pagamento de indenização por danos morais devido à veiculação de campanha publicitária, destinada ao lançamento de uma revista que, exibia sem autorização, a imagem da atriz, anunciando o fim de seu casamento.

Sendo que, a referida campanha foi amplamente divulgada por meio de *outdoors* espalhados pelo território nacional e de anúncios nas páginas de outro periódico publicado pelo Grupo De Comunicação Três S/A.

Após o regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização no valor de R$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Contudo, a decisão proferida em acórdão optou por acolher a apelação do Grupo De Comunicação Três S/A, no sentido de afastar a condenação por dano moral. Tendo a autora embargado a decisão, sem sucesso.

Motivo pelo qual, a atriz optou por levar o processo ao STJ, por meio de Recurso Especial, onde foi julgado no seguinte sentido:

> Recurso especial interposto por MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ: alega violação dos arts. 159 do CC/16; 17, I e III, e 18, § 2º, do CPC; bem como dissídio jurisprudencial. Escudando-se em precedente deste Tribunal, sustenta que o uso não autorizado de sua imagem e a violação de sua intimidade, com viés publicitário,

ISSNe 2595-1602

> acarretam dano moral passível de compensação, independentemente da comprovação de efetivo prejuízo experimentado, ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem. Argumenta que "os critérios em que se funda o dever de indenizar da Recorrida são critérios objetivos e pontuais, de acordo com a redação do art. 159 do CC de 1916" (e-STJ fl. 326). Assim, conclui, a mera utilização de sua imagem sem a devida autorização enseja a compensação pleiteada. Por fim, pugna pelo reconhecimento de que o GRUPO DE COMUNICAÇÃO formulou pretensão contra fato incontroverso e que utilizou o processo para fins ilegais, causando-lhe danos passíveis de indenização, de acordo com o disposto no art. 18 do CPC.

No aspecto da identificação do dano moral, a leitura jurídica exposta é a de que houve efetiva utilização indevida do uso de imagem da pessoa pública, com finalidade pura e simplesmente econômica.

Isto posto, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o dano moral seria *in re ipsa,* de acordo com o que preceitua Súmula 403 do Colendo Tribunal. Em outras palavras, a demonstração de dano moral pela recorrente é dispensável, já que a existência deste é presumida.

Ratifica os termos, o trecho do julgamento:

> Desde o julgamento do EREsp 230.263/SP, a Segunda Seção deste Tribunal já entendia que o direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada (EREsp 230.263/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, DJ 04/08/2008).

Em síntese, restou fundamentada a questão de que, se tratando de direito à imagem, é desnecessária a comprovação do dano moral, devido seu caráter *in re ipsa* em tais situações.

Acrescenta-se que, tal garantia se estende às pessoas públicas, ou seja, o Colendo Tribunal entende que o uso não autorizado de imagem com fins comerciais e que fira moralmente outrem, impõe o dever de compensar danos morais.

REFERENCIAL METODOLÓGICO

ISSNe 2595-1602

Foi realizada pesquisa bibliográfica fundada em referências teóricas de tese de doutorado, publicações, artigos, revistas científicas e jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, todas abordando o tema trabalhado. O estudo foi qualitativo, obtendo-se dados descritivos e objetivando entender as questões referentes ao tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linguagem nada mais é que a forma primária que se tem para o alcance do outro, para que interações sejam formadas e se tornem complexas. Ocorre que, a informação também pode enroupar-se de caráter perigoso, podendo abalar famílias, levar indivíduos ao descrédito ou, até mesmo, a desgraça social.

Ante todo o exposto, surgiu o embate acerca da limitação dos direitos de liberdade e expressão tão caros à sociedade, frente aos direitos de personalidade dos indivíduos, em especial, daquelas pessoas cuja notoriedade é valorizada.

Tendo em vista que o papel do direito na sociedade é a busca da justiça, cuja caracterização pode ser compreendida como o retorno ao ponto de equilíbrio nas relações; cabe aos tribunais, órgãos julgadores e aplicadores das normas por excelência, decidir de maneira coerente com as normas vigentes no país por soluções que resolvam a lide. O entendimento do STJ sobre a temática, analisado por meio de dois casos em concreto, foi no sentido de relativizar os direitos de liberdade e informação em prol dos direitos de personalidade das pessoas notórias ofendidas.

No entanto, este louvável entendimento do Colendo Tribunal não é uniforme no território brasileiro, corroborando tal afirmação têm-se a decisão proferida em acórdão do segundo caso analisado na pesquisa, em que o juiz optou por não deferir a indenização por danos morais sob a justificativa de que a pessoa pública precisaria suportar certas intromissões em sua vida privada.

Porém, o posicionamento dos autores do estudo vai em direção oposta a este tipo de argumentação, uma vez que todo ser humano é titular de direitos fundamentais devido ao princípio da dignidade da pessoa humana, não devendo haver distinções entre as pessoas, caso não estejam estas pautadas em norma legal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Daniela Ferro A. Rodrigues Alves. **Direito à privacidade e liberdade de expressão.** Texto disponível no banco de conhecimento em 18 de julho de 2008.

ISSNe 2595-1602

BATISTA, Francisco Diego Moreira. **Critérios para a fixação dos danos extrapatrimoniais.** Revista de Direito, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONNA, Alexandre Pereira. **Identificação e quantificação do dano moral: fundamentação da decisão judicial na perspectiva jurídica e ética da lei natural.** Pará. Tese de doutorado, 2018.

_____. Alexandre Pereira. **Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no brasil à luz da teoria de Jules Coleman.** In: Nelson Rosenvald; Marcelo Milagres (Orgs.). Responsabilidade civil: novas tendências. 1ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

_____. Alexandre Pereira. **Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.487.089 - SP (2014/0199523-6).** São Paulo. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1102756 / SP (2008/0272939-4).** São Paulo. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22816908/recurso-especial-resp-1102756-sp-2008-0272939-4-stj.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do direito contemporâneo.** In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ISSNe 2595-1602

LEBRE, Lúcia Teresa Sampaio Branco. **Liberdade de expressão e privacidade na internet: dialética de dois direitos na terra de ninguém.** Psicologia.pt - O Portal dos Psicólogos. Disponível em:http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/liberdade-de-express%C3%A3o-e-privacidade-na-internet-dial%C3%A9ctica-de-dois-direitos-humanos-na. ISSN 1646-6977.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil constitucionalizado.** Artigo publicado na Revista Estado, Direito e Sociedade. Vol. I, 1991. Publicação pelo Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

_____. Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf.

_____. Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana.** In. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Constituição, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, Juliana de Oliveira. **A intimidade e a vida pública das pessoas públicas.** Brasília: Revista Universalitas Jus, 2008.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral.** 3. ed. São Paulo: Millennium, 2002.

SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ISSNe 2595-1602

PROTEÇÃO JURÍDICA: LIMITAÇÕES AO DIREITO DE IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Direito da Criança e do Adolescente – Direito à Imagem

Karem Lorrane Luz Da Silva[1]

RESUMO: O trabalho foi elaborado a partir da necessidade de demonstrar a proteção jurídica dispensada ao direito da imagem da criança e do adolescente, em face da sua condição especial de pessoa em desenvolvimento. No primeiro momento, foram expostos os princípios norteadores e as limitações à divulgação da imagem dos menores. Logo depois, houve a análise de casos concretos de divulgação exagerada e sexualizada de crianças e adolescente, nas redes sociais e em outros meios de comunicação, como programas de televisão, que tem sido recorrente no Brasil, bem como as consequências causadas nas vítimas dessas exposições. Por fim, ressaltou-se a responsabilidade civil dos pais, nos casos em que as divulgações da imagem de seus filhos ferem os direitos fundamentais destes, e até mesmo a responsabilidade dos adolescentes, que cometeram ato infracional ao divulgar imagem, ferindo os direitos de terceiro.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e adolescente; Direito à Imagem; Direito da Personalidade; Responsabilidade Civil

ISSNe 2595-1602

[1] Karem Lorrane Luz da Silva, graduada em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA, Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Advogada, Presidente da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB, Subseção Altamira/PA. E-mail: karemluz05@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O direito à imagem é um dos direitos da personalidade inerentes ao ser humano, com previsão legal nos Artigos 11 º ao 21 º do Código Civil Brasileiro e no Artigo 5 º, X, da Constituição Federal.

Embora a criança e o adolescente sejam consideradas pessoas ainda em desenvolvimento, também são sujeitos de direito e detentores dos direitos da personalidade, inclusive do direito à imagem, que é a representação externa, tanto física como moral de uma pessoa.

O Artigo 17 º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz o direito à imagem, juntamente com o direito ao respeito, sendo necessário que aquela seja preservada para que não haja violação à integridade física, psíquica e moral do infante.

Com o advento e a popularização das redes sociais, o cuidado com a inviolabilidade da imagem da criança e do adolescente tornou-se maior, pois as informações, fotos, vídeos e, até mesmo a vida íntima das pessoas, passaram a ser compartilhadas de forma instantânea para um grande número de internautas, chegando a ser incontrolável o alcance de cada informação. Além disso, os outros meios de comunicação, como a televisão, ainda são fontes de divulgação de notícias, imagens, vídeos, etc. mesmo que em proporção menor, mas ainda assim, capazes de violar a integridade física, psíquica e moral do indivíduo que tem a sua imagem divulgada de forma ofensiva.

A partir disso, o presente trabalho tem como um dos objetivos, analisar as principais limitações ao exercício do direito à imagem da criança e do adolescente, que deve ser exercido com base em princípios legais e constitucionais, como o melhor interesse do menor; absoluta prioridade na efetivação de seus direitos; proteção integral; bem como o direito ao esquecimento. Assim como será verificada a responsabilidade civil dos pais nos casos de divulgação excessiva da imagem dos filhos nas redes sociais e nos programas de televisão, com menção ao abuso do poder familiar e as consequências que essa exposição pode causar, além da responsabilidade objetiva dos genitores pelos danos que os filhos podem causar à imagem de terceiros, sem prejuízo da responsabilização do menor que cometer ato infracional.

Conseguinte, será examinada a legislação brasileira e o cuidado jurídico concedido à imagem da criança e do adolescente, considerando que, nos termos do Artigo 6 º da Lei 8.069/90, são pessoas em desenvolvimento e merecem proteção especial por serem mais vulneráveis psicologicamente, fisicamente e emocionalmente.

2 IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

ISSNe 2595-1602

Os direitos da personalidade são os direitos inerentes ao ser humano, previstos nos Artigos 11 º ao 21 º do Código Civil Brasileiro e no artigo 5 º, X, da Constituição Federal.

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017, p. 67), são "aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais". Maria Helena Diniz (apud Tartuce 2018, p. 138) os classifica da seguinte forma:

> Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua **integridade física** (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua **integridade intelectual** (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua **integridade moral** (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social). (grifo nosso).

Portanto, observa-se a proteção a partir dos direitos da personalidade, dos atributos específicos da pessoa, ou seja, suas qualidades, sua integridade física-psíquica-moral, assim como seu nome, sua honra, sua intimidade e sua imagem.

Nos termos do Artigo 20 º do Código Civil e do Artigo 5º, X, da Constituição Federal, a imagem de uma pessoa é inviolável, cabendo indenização por danos morais e materiais caso haja danos à honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, ou se a divulgação da mesma se destinar a fins comerciais, sem autorização.

Dessa Maneira, entende-se que, assim como a vida, a honra, a intimidade, etc., a imagem representa um bem jurídico altamente relevante e, por isso, deve ser protegido, pois se trata da representação externa, tanto física como moral de uma pessoa, sendo o mais suscetível de ser ofendido, tendo em vista ser o mais exposto.

De acordo com Flávio Tartuce (2018, p. 133), "a imagem da pessoa pode ser classificada em imagem-retrato – a fisionomia de alguém, o que é refletido no espelho – e imagem-atributo – a soma de qualificações do ser humano o que ele representa para a sociedade". Essas duas formas estão protegidas nos artigos já citados, 20 º do Código Civil e Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Entretanto, vale ressaltar que o direito à imagem não exclui o direito à informação e à liberdade de expressão, devendo haver uma ponderação entre esses direitos, conforme o Enunciado n º. 279 do Conselho da Justiça Federal (CJF), na IV Jornada de Direito Civil (2016, p. 2):

> A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo de acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

ISSNe 2595-1602

Portanto, pode haver a divulgação da imagem de uma pessoa, desde que seja verdadeira, com relevante interesse social e que não arruíne a vida do indivíduo.

2.2. DIREITO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Como já dito anteriormente, a imagem do indivíduo é um bem jurídico altamente relevante, pois é a sua representação externa, sendo, portanto, um direito fundamental presente no Artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Ao falar sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu Artigo 17º, traz o direito à imagem no mesmo capítulo que discorre sobre o direito ao respeito, enfatizando que é direito da criança e do adolescente a preservação da imagem:

> O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a **preservação da imagem**, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (grifo nosso) (BRASIL, 1990).

Crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, conforme Artigo 6º do ECA, dotadas de estrutura física, psíquica e moral ainda em formação, sendo frágeis em suas estruturas, cabendo, portanto, ao Estado, à família e à sociedade, a total proteção e garantia, com absoluta prioridade, de todos os direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, bem como o dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, etc., conforme estabelece o Artigo 227º da Constituição Federal.

Nesse sentido, é concedido tanto pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tratamento legal às crianças e aos adolescentes como sujeitos de direito e não meros objetos de intervenção estatal, sendo observado as peculiaridades de pessoas ainda em desenvolvimento, que necessitam de cuidados especiais e que gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme estabelece a doutrina da proteção integral, nos termos do Artigo 3º da Lei 8.069/90:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

ISSNe 2595-1602

Visto isso, ao analisar o Artigo 17 º do ECA, sob a ótica da doutrina da proteção integral, que também é estabelecida no Artigo 1 º do Estatuto: "Essa Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente", conclui-se que é dever de todos a proteção e a garantia dos direitos fundamentais, inclusive a viabilização e a criação de meios capazes de assegurar o direito ao respeito e à preservação da imagem da criança e do adolescente, sendo expressamente proibido qualquer forma de divulgação, por exemplo, distribuição, publicação, produção ou reprodução, de fotografias, vídeos, ou dados pessoais, mesmo pelos pais, tutores, curadores, cuidadores ou responsáveis de forma geral, de crianças e adolescentes, que transgrida o direito ao respeito e a preservação de sua imagem.

Além da proteção de todos os direitos da criança e do adolescente, ou seja, da doutrina da proteção integral, o ECA traz em seus artigos os princípios do melhor interesse e da absoluta prioridade.

2.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

De acordo com Andréa Amin (2018, p. 56), o princípio do interesse superior ou do melhor interesse não é o que os aplicadores do direito, advogados, defensores, juízes, promotores de justiça, entendem como o melhor para a criança ou adolescente, mas sim o que, objetivamente, atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento e aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. Ainda conforme o autor, atenderá, portanto, o referido princípio, a toda e qualquer decisão que resguardar amplamente os direitos fundamentais infanto-juvenis, sem subjetivismos do intérprete.

Conseguinte, trata-se de um princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, pois determina a preferência aos interesses e às necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, resolução de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras normas, mesmo que isso implique na colisão de direitos de terceiros, como ocorreu no julgado abaixo, em que o ex-padrasto teve que excluir as fotos de sua ex-enteada (adolescente), de sua própria rede social:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. AÇÃO ORDINÁRIA. FOTOGRAFIA DE ADOLESCENTE EXPOSTA EM REDE SOCIAL SEM AUTORIZAÇÃO. USO INDEVIDO DE IMAGEM.
>
> **O compartilhamento de dados pessoais e profissionais nas redes sociais não pode transgredir o direito à preservação da imagem das pessoas**, como previsto no Art. 5º, IX, da Constituição Federal e art. 17 do ECA. No caso, a fotografia da autora/agravada, de 15 (quinze) anos de idade, foi exposta no perfil social do réu/agravante (facebook), seu ex-padrasto, sem autorização, caracterizando **uso indevido da imagem**. Assim, devem ser excluídas as fotografias que contenham a imagem da jovem. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

ISSNe 2595-1602

> (Agravo de Instrumento Nº 70072906118, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Comarca de Porto Alegre. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/08/2017). (grifo nosso) (BRASIL, 2017).

No referido caso não ocorreu a exposição ou a vinculação da imagem da adolescente à ato infracional ou à notícia que denegrisse a sua imagem, mas somente a divulgação de imagens sem a sua autorização, o que foi o suficiente para caracterizar o uso indevido da imagem, com a possibilidade de pleitear danos morais. Visto isso, entende-se que a decisão dos magistrados foi tomada com fundamento no princípio do melhor interesse, pois acima de tudo, houve o resguardo à dignidade, ao respeito e à preservação da imagem da adolescente, bem como à sua vontade manifesta de se afastar de qualquer ligação com seu ex-padrasto, inclusive em não ter a sua imagem divulgada na rede social do mesmo.

2.4 PRINCÍPIO DA ABSOLUTA PRIORIDADE

O princípio da absoluta prioridade leva em consideração a condição da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento. Apresenta como objetivo claro a efetivação da proteção integral e da garantia de todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente com prioridade, conforme Artigos 4º e 100º, parágrafo único, inciso II, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso) (BRASIL, 1990)

> Art. 100º, par. único, II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (BRASIL, 1990).

A prioridade absoluta, também, está estabelecida no Artigo 227º da Constituição Federal, citado anteriormente, sendo enfatizado a responsabilidade de todos: família, Estado, sociedade e, até mesmo, a comunidade, em resguardar os direitos fundamentais infanto-juvenis, pois ao dividir a responsabilidade será mais fácil garantir os direitos fundamentais, bem como prevenir, evitar, ou mesmo minimizar os danos que poderão recair sobre a criança ou adolescente, a partir da violação de seus direitos.

Ademais, ressalta-se que caso o administrador necessite decidir entre construir uma creche para crianças ou um lar de idosos, terá que decidir pela construção da creche, porque o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional,

ISSNe 2595-1602

estabelecido no Art. 3º da Lei n. 10.741/2003, mas a prioridade em favor das crianças é constitucionalmente assegurada. Conforme reflete Andréa Amin (2018, p. 50)

> Ainda que todos os cidadãos sejam iguais, sem desmerecer adultos e idosos, quais são aqueles cuja tutela de interesses mostra-se mais relevante para o progresso da nossa sociedade, da nossa nação? Se pensarmos que o Brasil é "o país do futuro" – frase de efeito ouvida desde a década de 1970 – e que este depende de nossas crianças e jovens, torna-se razoável e até acertada a opção do legislador constituinte.

3 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Além dos princípios já expostos, bem como da doutrina da proteção integral constitucionalmente reconhecida, o Artigo 18º do ECA estabelece que é dever de todos não apenas velar pela dignidade da criança e do adolescente, mas também colocá-los a salvo de todo e qualquer tratamento ou situação que os aterrorizem, constranjam, envergonhem ou os violentem.

Nesse sentido, como leciona David Cury Júnior (2006, p. 183), há algumas hipóteses de restrições legais ao uso da imagem da criança e adolescente, dentre elas estão: notoriedade; comparecimento a acontecimentos ou cerimônias de interesse público, ou desenvolvidas em público; a preservação da saúde pública; a proteção da segurança pública; as necessidades da justiça ou da política; e as finalidade científicas, didáticas ou culturais.

A divulgação da imagem de uma criança ou adolescente artista, modelo, apresentador, etc., que ganhou notoriedade, é restrita à sua vida pública ligada à sua atividade, não sendo permitido a divulgação, sem a sua autorização, de imagens relativas à sua vida privada, devendo estas serem preservadas. Por sua vez, imagens capturadas em cerimônias ou acontecimentos de interesse público ou desenvolvidas em públicos, não lesionam a imagem do menor, por sua divulgação ser feita de forma indireta, sem destaque. Entretanto, a reprodução da imagem deve ocorrer no mesmo contexto em que foi capturada, sem o deslocamento de sua finalidade.

A preservação da saúde pública e a proteção da segurança pública autorizam a divulgação da imagem de menores, tendo em vista a necessidade de localizar aqueles que estão desaparecidos e precisam fazer tratamento de doenças infectocontagiosas que represente perigo à sociedade.

Outra hipótese é a necessidade da justiça ou da política em divulgar a imagem de uma pessoa, como em casos de menores desaparecidos, sendo primordial o auxílio da população para localizá-los. Portanto, as divulgações de imagens de crianças e adolescentes, que visam reencontrá-los, podem ser feitas, pois objetivam contribuir para a solução de um problema policial.

Destarte, imagens que dizem respeito à finalidade científica, didática e cultural, sem aproveitamento econômico da imagem alheia, objetivando a contribuição para o desenvolvimento da ciência e das artes em geral, também podem ser divulgadas.

ISSNe 2595-1602

Como exemplo tem-se a divulgação de uma fotografia de um adolescente vencedor das olimpíadas de matemática.

Ademais, além das hipóteses já citadas, os Artigos 143 º e 144 do ECA estabelecem que é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos no que se refere à atribuição de autoria de atos infracionais às crianças e adolescentes, sendo que qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificá-las, vedando-se fotos, referência ao nome, filiação, apelido, residência, inclusive as iniciais do nome e sobrenome. Também, é proibida a expedição de cópia ou certidões de atos infracionais atribuídos às crianças e aos adolescentes, salvo autorização da autoridade judiciária, com a demonstração do interesse e justificação de sua finalidade. De acordo com o Art. 247 º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a infringência dos artigos citados acima, é crime com pena de multa de três a vinte salários mínimos:

> Art. 247 º. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:
>
> Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem exibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.
>
> § 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. (BRASIL, 1990).

ISSNe 2595-1602

3.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO

Especificamente nos casos de prática de atos infracionais, além da proibição da divulgação da imagem do autor, sendo ele criança ou adolescente, há o direito ao esquecimento, estabelecido no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovido pela CJF/STJ, que diz: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.[1]

O direito ao esquecimento tem como objetivo a garantia às pessoas que tiveram seus nomes e vidas expostas por envolvimento em fatos e crimes de grande repercussão e que chocaram a sociedade, de serem esquecidas pela opinião pública. Como define Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 204), “Mais ainda: é o direito de impedir que dados e fatos pessoais de outrora sejam revividos, repristinados, no presente ou no futuro de maneira descontextualizada”.

Esse direito é garantido à toda pessoa humana, se estendendo às crianças e aos adolescentes, pois também são sujeitos de direito, por isso devem ter os direitos da personalidade preservados.

Além da proteção à personalidade ainda em desenvolvimento, é necessário evitar o excesso das medidas socioeducativas impostas, pois a pressão social que podem sofrer ao longo do tempo, será mais uma punição pelo ato praticado. Conforme caso citado por David Cury Júnior (2006, p. 98):

> O segundo caso, extraído da Revista Time, edição de 22 de janeiro 2001, página 32, é assim transcrito por Regina Sahm: "Duas crianças, com então 10 anos de idade, Jon Verrables e Robert Thompson, torturaram até a morte James Bulger, de apenas dois anos. Perto de atingirem 18 anos, a juíza Elizabeth Bitler Sloss decidiu que, tendo direito à liberdade, dever-se-lhes-ia ser concedida uma especial proteção de direito à vida (...they needed na unprecedented shield to protect them upon release). Em decisão sem precedência no Reino Unido, eles adquiriram vitaliciamente o direito ao anonimato. Significa que a mídia em geral está proibida de informar seus paradeiros, as novas identidades, e de publicar fotografias, desenhos ou informação sobre suas imagens".

Com a evolução da tecnologia e a difusão das redes sociais, as informações são disseminadas de forma instantânea, com proporções incontroláveis, capazes de devastar a vida de uma pessoa. Portanto, vê-se a necessidade da proteção integral da imagem da criança e do adolescente, bem como o seu direito ao esquecimento, caso alguma informação, dado, fotografia ou vídeos, sejam divulgados sem autorização e causem danos a sua imagem, honra, dignidade bem como a todos os seus direitos fundamentais.

ISSNe 2595-1602

4 EXPOSIÇÃO EXCESSIVA DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A utilização frequente das redes sociais, tornou cada cidadão um transmissor de notícias e informações sobre tudo o que acontece no Brasil e no mundo, sendo possível uma divulgação rápida sobre determinado fato, para um grande número de pessoas ao mesmo tempo, mesmo que as informações contenham excessos ou distorções.

Além de notícias e informações, as redes sociais têm promovido exposição em excesso da vida íntima das pessoas que as utilizam. Isso tem alcançado as crianças e adolescentes que, constantemente, vêm sendo vítimas de danos a sua imagem, por conta de uma exposição desordenada e irresponsável.

Infelizmente, a proteção à imagem da criança e do adolescente não é plenamente garantida no Brasil, sendo danificada até mesmo por aqueles que têm a responsabilidade de garanti-la, conforme os Artigos 227 º da Constituição Federal e o Artigo 4 º do ECA, que seriam a família, o Estado e a sociedade.

Recentemente, os pais de uma cantora de funk mirim, brasileira, foram intimados pelo Ministério Público de São Paulo para darem explicações sobre a carreira e a educação da menor (Extra Globo, 2019), que tem sido alvo de uma exposição irresponsável de sua imagem, bem como tem sido explorada economicamente a partir disso.

A cantora ganhou notoriedade, ainda com 8 anos de idade, no ano de 2015, com a divulgação de um de seus videoclipes, nas redes sociais (Extra Globo, 2015). No clipe, além da letra da música ser de conteúdo impróprio a uma criança, pois aborda fatos recorrentes ao mundo adulto, a cantora o apresentou vestida com roupas curtas, com performance sensual, totalmente inadequados a sua idade.

Embora a divulgação da artista tenha sido restrita à sua vida pública, ligada à sua atividade, sua divulgação e atuação como profissional tem sido executada de forma inadequada, exagerada e irresponsável, tendo em vista o desrespeito à condição peculiar da criança e do adolescente, ainda como pessoa em desenvolvimento, e a violação da integridade física, psíquica e moral da imagem, identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, bem como a ilegal sexualização da mesma.

Como forma de ganhar mais notoriedade e chamar mais a atenção do público, muitos artistas mirins são constantemente expostos em suas redes sociais, por meio de fotos e vídeos sensuais, com roupas curtas, sutiãs com bojo, maquiagens fortes e atrativas, e comportamentos de adulto. De acordo com o Psiquiatra Henrique Bottura, através de uma entrevista dada ao jornal Record News[2], o amadurecimento da criança é um processo longo e biológico, portanto, ao expor sua imagem de forma exagerada e sexualizada, inúmeras consequências negativas podem ocorrer, como a atração de olhares maliciosos de homens e a exposição da criança a impulsos sexuais de terceiros que a mesma ainda não tem maturidade e desenvolvimento psicológico para se defender.

Ainda de acordo com o psiquiatra, a fase da infância e da adolescência é uma fase de desenvolvimento, bem como é determinante para a formação da personalidade do indivíduo. Além de que, quando se pula etapas durante o processo de desenvolvimento, a partir da exposição de forma sexual de um infante, processos biológicos e psicológicos ficam seriamente comprometidos, não se consolidando da forma que deveriam, trazendo consequências até mesmo para a vida adulta dessa pessoa. Portanto, a exposição excessiva e irresponsável, além de inconstitucional é extremamente prejudicial ao menor, pois o seu desenvolvimento físico, psíquico e até mesmo moral é seriamente comprometido.

Como exemplo, pode ser citado uma situação fática: uma menina de apenas 11 anos de idade, que é exposta em suas redes sociais, com a aparência e comportamento de uma mulher de 18 anos, ou maior de 18 anos, pode atrair homens maliciosos que tem o interesse apenas em usar o seu corpo para a própria satisfação sexual, o que escancara as portas para a pedofilia e todo tipo de abuso e exploração sexual.

Ademais, vale refletir que já é difícil para as mulheres maiores de 18 anos, enfrentar situações constrangedores de comentários obscenos, olhares maliciosos,

ISSNe 2595-1602

etc., seja pela internet, seja no dia a dia, quanto mais será para uma criança ou adolescente suportar tais situações.

Além das consequências já citadas para a própria criança ou adolescente que tem a sua imagem exposta excessivamente e de forma sexualizada, há o impacto social que essas imagens irão causar, pois os menores que tiverem acesso a essas imagens, ao verem o "sucesso" que elas promovem, como é o caso de algumas cantoras mirins de funk, que tem inúmeros seguidores e visualizações em suas redes sociais, também irão querer se vestir, se maquiar e se expor da mesma forma, gerando, assim, uma reação em cadeia e prejudicando o desenvolvimento físico, psíquico e moral de inúmeras crianças e adolescentes.

Ao colocar a frase "Crianças dançando funk", na área de pesquisa da plataforma de uma rede social de compartilhamento de vídeos, no Brasil, aparece inúmeros vídeos de crianças dançando, entretanto, os comentários de todos os vídeos estão desativados, exatamente para que não tenha nenhum tipo de comentário de conotação sexual.

Todavia, mesmo que não esteja exposto nenhum comentário prejudicial às crianças expostas nos vídeos, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a soberana Constituição Federal, fala da proteção da imagem da criança, pois o respeito e a proteção deve ser à sua imagem, a sua dignidade bem como á todos os seus direitos fundamentais, e impedir a exposição de comentários não garante a proteção desses direitos do infante.

Conforme já mencionado, o Artigo 17 º do ECA estabelece que a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral se dará a partir da preservação da imagem do menor, ou seja, ele não deve ser nem mesmo exposto, merecendo uma proteção mais eficaz, sendo proibido toda e qualquer exposição da criança e do adolescente, visto que não possuem maturidade física nem psicológica para se defender.

ISSNe 2595-1602

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR DANO À IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Como já mencionado no presente trabalho, o dever de proteção e zelo pelos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, é de todos – Artigo 227 º da Constituição Federal. Entretanto, os pais têm um direito e dever especial sobre os filhos, estabelecido pelo Artigo 1.634 º do Código Civil Brasileiro, que é o Poder Familiar.

De acordo com o referido artigo, em seu inciso I, compete aos pais, o pleno exercício do poder familiar, permitindo-os dirigir a criação e a educação dos filhos, todavia, essa competência, não inclui o "direito" de os agredir, de ofender a sua integridade física, psíquica e moral, nem mesmo de desrespeitar a imagem dos mesmos.

Como leciona David Júnior (2006, p 199), a responsabilidade civil dos pais com relação à exposição da imagem de seus filhos, pode ser dividida em dois grupos: a responsabilidade em virtude do abuso do poder familiar, no qual os genitores

respondem em face de seus próprios filhos, e a responsabilidade por fato de outrem, pelo qual os titulares do poder familiar irão responder por danos causados à terceiros pelos atos dos filhos menores, que estavam sob sua guarda.

5.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS DECORRENTE DO ABUSO DO PODER FAMILIAR

De acordo com o Artigo 187 º do Código Civil Brasileiro (Brasil, 2002), comete ato ilícito aquele que detém um direito, mas ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, e pelo seu fim econômico ou social. O ato ilícito, por parte dos pais, decorre de qualquer conduta que viole a dignidade humana de seu filho, como prevê o Artigo 1.637 º do Código Civil e 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 1.637 º. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (Brasil, 2002).

> Art. 98 º. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
>
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; (Brasil, 1990).

No ano de 2015, na Espanha, uma mulher de 41 anos foi presa por ter abusado de seu poder familiar, ao forçar suas filhas a tirarem fotos nuas, e depois comercializar essas fotografias na internet, conforme notícia do Jornal da Globo:

> Uma mulher de 41 anos foi detida na Espanha por ter vendido durante anos na internet imagens de suas filhas - hoje com 7, 8 e 15 anos - nuas, anunciou a polícia espanhola. A menor afirmou que sua mãe a fotografava e filmava nua, assim como suas irmãs, que tinham de assumir posições sugestivas. Outra menina de 8 anos, sobrinha do ex-companheiro, também teria sido usada para imagens pedófilas. (G1, 2015).

Além da experiência traumática que as crianças e a adolescente tiveram, ao serem exploradas por sua própria mãe, com a captura abusiva das fotos, bem como de sua venda ilícita, a referida atitude da genitora interferiu negativamente na delicada fase de desenvolvimento psíquico-físico das garotas, danificando intensamente a personalidade de cada uma e a integridade física, psíquica, e da imagem, das mesmas.

Atualmente, com a difusão das redes sociais e a facilidade de chegar ao sonhado sucesso em minutos, muitos pais submetem ou permitem que seus filhos

ISSNe 2595-1602

sejam submetidos às situações constrangedores, sendo fotografados ou filmados vestidos com roupas coladas e curtas, com maquiagens e penteados inadequados a sua idade, com posições sugestivas, como: dedo na boca, posição que evidencie o quadril, blusas que evidencia os seios, para que possam conquistar o máximo de visibilidade possível.

Recentemente, em um programa de TV brasileira, estreou o quadro "Funkeirinhos", em que várias crianças se apresentam com performance adulta, com roupas extremamente curtas, cantando músicas de conteúdo adulto e apelo sexual, cujas letras possuem frases como: " Já vou logo avisando que eu não tenho namorado Dim dim dim, pode dar em cima de mim (...) Se não for pedir muito Cala a boca e me beija" [3]; "Se ela quer beijar, deixa ela beijar, se ela quer até fanfan ranranran, eu não to nem aí, é cada um com os seus esquemas" [4]; por fim, "Vai, só de sacanagem, vem na fuleragenzinha, quando eu mandar, tu vai pra baixo, se eu pedir, tu vai pra cima, vai bunda pra baixo vai, bunda pra cima" [5]. Todas essas músicas foram cantadas por crianças, em troca de visibilidade, sucesso e dinheiro.

Contudo, os detentores do poder familiar devem ser os primeiros a proteger a imagem dos filhos, certificando-se das possíveis implicações para o menor, a partir da divulgação de sua imagem, mesmo que tenha sido tirada de forma legítima, até mesmo com autorização judicial, sendo analisado os fatores positivos e negativos, bem como o ambiente e as condições em que a fotografia ou vídeo do menor, será veiculada, respeitando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, a proteção integral de seus direitos, e impedir qualquer dano à sua personalidade.

Vale ressaltar que o bem-estar e o futuro do infante deve sempre prevalecer em face do resultado econômico que a divulgação da imagem do mesmo pode acarretar, pois a satisfação financeira é momentânea, mas os prejuízos resultantes da exposição da imagem, pode marcar a vida inteira do menor.

Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes são constitucionalmente reconhecidos, de modo que, tendo a violação de algum desses direitos, a partir do abuso de autoridade de um, ou de ambos os pais, medidas de proteção serão tomadas, a pedido do Ministério Público ou de algum parente, podendo haver a suspensão do poder familiar, conforme os já mencionados, Artigo 1.637 º do Código Civil e Artigo 98 º, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim como é facultado às crianças e aos adolescentes, o acesso à Justiça, com objetivo de pleitear interesse próprios, inclusive indenizações, contra seus genitores que lhe causarem danos, conforme artigos 141 º, *caput,* 142 º, parágrafo único, e artigo 201 º, V e VII todos da Lei 8.069 de 1990 e artigo 927 º do Código Civil que estabelece: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"

Ademais, em casos extremos, pode haver a perda do poder familiar, caso o pai ou a mãe castigue o filho de forma imoderada; o abandone; pratique atos contra a moral e os bons costumes; bem como entregá-lo de forma irregular à adoção, ou comete qualquer destes atos de forma reiterada, conforme Artigo 1638 º, do Código Civil Brasileiro.

Portanto, o poder familiar não é absoluto, e inclusive sofre controle ostensivo pelo Estado, Sociedade e família do menor, pois nos termos dos Artigos 18 º e 70 º da

ISSNe 2595-1602

Lei 8.069/90, é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, bem como prevenir a ocorrência de ameaça ou violação de seus direitos.

5.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR DANOS CAUSADOS PELOS FILHOS MENORES À IMAGEM DE TERCEIRO

De acordo com o Artigo 928 º do Código Civil: "O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes". Verifica-se que, nos termos desse artigo, o incapaz só irá ser responsável pelos prejuízos causados, caso seu representante legal não tenha obrigação ou não tenha condições de compensar o dano.

Portanto, tendo em vista o poder familiar, cabe aos pais ou responsáveis legais, responder pelos danos causados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade, independente do genitor ser culpado ou não, nos termos do Artigo 932 º, I do Código Civil (Brasil, 2002): "São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; e conforme Artigo 933 º, também, do Código Civil (Brasil, 2002): "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

Vale ressaltar, que responde pelo dano causado pelo filho menor, o genitor que estiver junto ao infante, ou seja, que tenha, naquele momento, o dever de vigilância sob o seu filho.

Nos casos em que os pais são divorciados, a responsabilidade civil irá recair sobre o genitor detentor da guarda do menor, ou se for guarda compartilhada, a responsabilidade será dos dois.

Conseguinte, destaca-se que o uso indevido da internet é muito recorrente entre os adolescentes, sendo constante os prejuízos que causam ao publicarem fotos de outros adolescentes ou até mesmo de crianças, expondo-os às situações constrangedoras, conforme notícia abaixo:

> ESTUDANTE DE 14 ANOS DIVULGA FOTO DA NAMORADA DE 12 ANOS NUA NA INTERNET
>
> Um estudante de 14 anos está sendo apontado como suspeito de divulgar a foto de sua namorada de apenas 12 anos, nua, em uma rede social. A denúncia foi feita pela mãe da menina, em Maringá, no Paraná, e segundo ela o estudante teria convencido a menina a tirar as fotos e enviá-las a ele através de e-mail. Depois de receber as fotos, o jovem teria imprimido algumas fotos e levado para a escola onde estuda. Posteriormente, usou uma rede social para exibir a namorada.[6]

ISSNe 2595-1602

Visto isso, além dos genitores dos menores responderem civilmente, os adolescentes infratores, também, respondem pelos prejuízos causados, principalmente em casos que as fotos ou vídeos são de conotação sexual, de menores nus, ou de atos sexuais sendo praticados, pois são atos infracionais estabelecidos nos Artigos 116º e 241º, ambos da Lei 8.069/90. Conforme mostra o caso que ocorreu em Rio Grande do Sul, onde alguns adolescentes divulgaram vídeos do ato sexual que praticaram com outra pessoa menor de idade:

> APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. ARMAZENAMENTO E DIVULGAÇÃO DE IMAGENS CONTENDO CENAS DE SEXO EXPLÍCITO. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. MEDIDA DE PRESTAÇÃO SERVIÇOS À COMUNIDADE ADEQUADAMENTE APLICADA.
>
> A materialidade está demonstrada nos autos, não cabendo falar em ausência de comprovação. A autoria está bem demonstrada. O jovem admitiu ter realizado filmagens, sem que a vítima soubesse, junto com os demais amigos, enquanto se revezavam e praticavam sexo com ela. A tese de que o aparelho celular foi furtado de dentro da casa, não se mostra verossímil. O ato infracional de ameaça não restou configurado nos autos, porquanto a própria vítima nada referiu sobre sentir-se ameaçada pelo adolescente, após a divulgação das imagens. A medida de prestação de serviço à comunidade é adequada e proporcional. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME.
>
> (Apelação Cível Nº 70070092473, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 15/09/2016). (Brasil, 2016).

Conseguinte, verifica-se que, além de haver a necessidade do exercício do poder familiar ser realizado com excelência e muita vigilância, havendo cuidado e monitoramento não apenas às atitudes dos filhos, mas também aos seus computadores, *tablets*, celulares, etc., sendo verificado os sites e redes sociais que os menores acessam, para que prejuízos à família, aos filhos e a terceiros sejam evitados, também é preciso haver conscientização por parte das crianças e dos adolescentes que utilizam as redes sociais, para que entendam que todas as pessoas têm o direito ao respeito à sua imagem, à dignidade e a todos os direitos inerentes à pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à imagem é um dos direitos da personalidade e possui caráter absoluto, inato, intransmissível e vitalício. Quando se trata do direito à imagem da criança e do adolescente, é necessário analisá-lo junto ao direito ao respeito, ambos estabelecidos no Artigo 17º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo definido que a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral dos menores, se dará, também, a partir da prevenção de sua imagem.

ISSNe 2595-1602

Devido ao tratamento legal e constitucional dado aos menores, como pessoas em desenvolvimento, há limitações enquanto ao uso da imagem dos mesmos, sendo dever de todos preservá-la.

Contudo, hoje em dia, tem sido muito comum crianças e adolescentes serem expostos de maneira exagerada e sexualizada, transformados em objetos para causar impulsos sexuais em adultos, abrindo as portas para a pedofilia, prejudicando profundamente o desenvolvimento físico e psicológico de crianças e adolescentes, pois é um tipo de abuso que os colocam em situações constrangedoras que não possuem maturidade para enfrentá-las.

Entretanto, os pais são os principais agentes que podem coibir a exposição exacerbada de seus filhos, ou a exposição de terceiros pelos seus filhos, exercendo com excelência e vigilância o poder familiar e o dever de educar e cuidar dos mesmos, não permitindo que fotografias ou vídeos sejam feitos ou divulgados de forma que irá ferir a dignidade e o respeito à imagem dos menores, bem como monitorar a utilização de seus filhos, dos aparelhos de celular, computador, tablets, etc., para impedir a divulgação de imagens de terceiros.

Ademais, é necessário haver a conscientização de todos, de que o bem-estar e o futuro de uma criança e de um adolescente deve prevalecer em face do resultado econômico e dos likes que a divulgação de sua imagem pode acarretar. Pois a satisfação financeira e a fama nas redes sociais ou nos programas de TV são passageiras e suscetíveis de acabar a qualquer momento, mas os prejuízos resultantes da exposição da imagem de um menor, pode marcá-lo por sua vida inteira. Acima de tudo, toda criança e adolescente deve ter uma infância e adolescência protegida, a salvo de todo abuso, exploração, discriminação, violência, e livre para viver cada fase da vida de acordo com o seu tempo e a sua maturidade.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: Maciel, Kátia Regina (Coord.); Carneiro, Rosa Maria (Rev.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 11. ed. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2018.

BOL. A carreira de MC Melody: 11 anos de idade e muita polêmica envolvida. **Do BOL, São Paulo**, 2018. Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/listas/a-carreira-de-mc-melody-11-anos-de-idade-e-muita-polemica.htm> Acesso em 28 de maio de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >Acesso em: 15 maio de 2019.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 15 maio de 2019.

_____. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 25 de maio de 2019.

CURY JÚNIOR, David. A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente. **Dissertação (Doutorado em Direito)** – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 183p. 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011640.pdf> Acesso em 20 de maio de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 15ª Ed. **Rev. Amp. e Atual.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil** – Volume Único. São Paulo/SP: Saraiva Editora, 2017.

G1. **Mulher é Presa na Espanha por Vender Fotos de Suas Filhas Nuas**. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/11/mulher-e-presa-na-espanha-por-vender-fotos-de-suas-filhas-nuas.html> Acesso em 01 junho de 2019.

ISSNe 2595-1602

MARQUES, Paula Cristina Mariano. Proteção ao Direito de Imagem da Criança e do Adolescente na Internet. **3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Universidade Federal de Santa Maria - Santa Maria/RS, 15p. 2015. Disponível em <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-11.pdf> Acesso em: 25 de maio de 2019.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - **Apelação Cível**: AC 70070092473 RS. Oitava Câmara Cível. JusBrasil, 2016. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386490843/apelacao-civel-ac-70070092473-rs?ref=serp> Acesso em: 25 de maio de 2019.

EXTRA GLOBO. MC Melody de 8 anos causa polêmica e pai defende " É só porque ela canta funk". Disponível em: <https://m.extra.globo.com/noticias/brasil/mc-melody-de-8-anos-causa-polemica-pai-defende-so-porque-ela-canta-funk-15737518.html> Acesso em 30 de maio de 2019.

EXTRA GLOBO. Pais de MC Melody terão que dar explicações ao Ministério Público de São Paulo. Disponível em: <https://m.extra.globo.com/famosos/pais-de-mc-melody-terao-que-dar-explicacoes-ao-ministerio-publico-de-sao-paulo-23396779.html>. Acesso em 30 de maio de 2019.

PIAUÍ HOJE. **Estudante de 14 Anos Divulga Foto da Namorada de 12 Anos Nua na Internet**. 2013. Disponível em: <https://piauihoje.com/noticias/brasil/estudante-de-14-anos-divulga-foto-da-namorada-de-12-anos-nua-na-intern-253085.html> Acesso em 01 junho de 2019.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento** nº. 70072906118. 8º Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 17 de agosto de 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/491268685/agravo-de-instrumento-ai 70072906118-rs/inteiro-teor-491268695> Acesso em: 25 de maio de 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. – 8ª ed. **rev, atual. e ampl**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NOTAS

ISSNe 2595-1602

[1] CJF - Conselho da Justiça Federal. Enunciado 531. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> Acesso em 01 junho de 2019.
[2] RECORD NEWS. Caso Melody: Psiquiatra fala sobre sexualização infantil. 2019. (7m38s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kJQOQb-5vPE> Acesso em 28 de maio de 2019.
[3] VOVÔ RAUL GIL OFICIAL. MELISSA Mc Arco íris - "Din Din Din" / FUNKEIRINHOS. 2019. (4m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=crlcdMVJzZ8> Acesso em 2 de junho de 2019.
[4] _____. MC GABRIELA - "Deixa ela beijar" / FUNKEIRINHOS. 2019. (6m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hSNFi5hbt4w> Acesso em 2 de junho de 2019.
[5] _____. GABYY SOUZA CANTA "FULERAGEM" COM MC WM NA TURMA DO VOVÔ RAUL. 2018. (5m13s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FZmiiYF4Mu8> Acesso em 2 de junho de 2019.
[6] PIAUÍ HOJE. Estudante de 14 Anos Divulga Foto da Namorada de 12 Anos Nua na Internet. 2013. Disponível em: <https://piauihoje.com/noticias/brasil/estudante-de-14-anos-divulga-foto-da-namorada-de-12-anos-nua-na-intern-253085.html> Acesso em 01 junho de 2019.

ISSNe 2595-1602

O DIREITO À HERANÇA DIGITAL EM RELAÇÃO AOS BENS DIGITAIS INCORPÓREOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Anna Izadora Ramos Comini[1]

RESUMO

A pesquisa estuda o Direito à Herança Digital, com o método de abordagem dedutivo e procedimental de pesquisa bibliográfica e documental. O problema está relacionado ao Direito à Herança Digital vinculado aos bens digitais incorpóreos, e como a inexistência de uma legislação pertinente afeta a abordagem jurídica acerca da herança digital. O objetivo é entender os possíveis desdobramentos e impactos sobre o direito sucessório dos bens digitais do *de cujus* a serem repassados aos seus herdeiros. Verifica-se a necessidade da atualização e modernização do direito brasileiro às demandas apresentadas pela dita 4ª Revolução Industrial, por meio de resultados que esclareçam se a legislação atual dispõe da anuência de uma possível "sucessão digital". Analisa-se a busca de uma maneira concreta de os bens digitais do *de cujus* não serem esquecidos no mundo cibernético sem que os herdeiros possam ter acesso para dar seguimento aos devidos cuidados.

PALAVRAS-CHAVE: Herança Digital. Direitos Fundamentais. Bens Digitais. Bens Incorpóreos. Direito Sucessório.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; annaizadora@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Desde meados dos anos 1990, observa-se que o mundo passou por diversas e grandes transformações, tanto na era digital quanto na era global. A inserção de novas tecnologias no mercado fez com que o mundo fosse elevado a um patamar antes desconhecido, no qual não há barreiras, nem muros, em que milhares de pessoas estão conectadas em tempo real.

Em uma era na qual tudo é inatingível, os dados são a nova moeda econômica e o patrimônio vem a ser medido por intermédio da base de dados, tudo isso veio com o advento da World Wide Web (WWW), por Tim Berners-Lee. Essa vasta rede de alcance mundial é o meio de comunicação que mais evoluiu com o decorrer dos anos e é nele que as pessoas, com a globalização e o marco civil da internet, passaram a dispor dos seus vastos e valiosos bens, não somente os de valor econômico, mas também os de valor sentimental.

Considerando a nova dimensão digital e o grande avanço e modernização dos ativos digitais, contemplou-se o crescimento dos desafios quanto à proteção desses bens. A revolução digital diferenciou a forma de gerenciamento dos meios de produção, distribuição e publicação, fazendo com que boa parte do legado das pessoas passasse a pertencer ao mundo digital, ao ambiente *on-line*, que tanto ganha espaço no atual meio social, cultural, econômico e jurídico.

Se tudo o que se realiza hoje em dia está vinculado de alguma maneira com algum sistema da web, tanto uma rede social quanto um aplicativo *on-line*, a nuvem, como ocorrerá a transmissão desse legado de patrimônio digital aos herdeiros? A recente pergunta que orbita este vasto mundo digital surge de maneira pertinente, quando se traz ao mundo fático e cível os bens digitais incorpóreos do falecido, de forma a se buscar uma maneira correta e embasada em direitos adquiridos dos sucessores.

Quando os bens são corpóreos, há a previsão legal da herança, mas paira uma dúvida a respeito de como fazer com os bens incorpóreos com os indivíduos produzindo e adquirindo bens digitais. Surge, desse modo, a necessidade de se estabelecer a quem pertencerá esse conteúdo intangível, com o valor patrimonial e a sucessão de bens armazenados digitalmente. Todos os direitos humanos, *on-line* ou *off-line*, devem ser protegidos de maneira imprescindível.

Quando a sociedade se moderniza, o Direito também deve evoluir, modernizar, transformar-se, é aí que entra e surge o Direito Digital e, com ele, todos os obstáculos e uma série de atitudes para atualizar a legislação pertinente a essa nova realidade. Em 2012 foi publicado o Projeto de Lei n. 4099/2012, que propõe a alteração do Código Civil Brasileiro de 2002, garantindo aos herdeiros o acesso a arquivos e contas digitais do falecido. Não há regras específicas para esses casos, com isso, os herdeiros recorrem à justiça para ter acesso a esses bens incorpóreos (Brasil, 2002a).

A tecnologia trouxe novos comportamentos e condutas que precisam de orientação, ademais, de regulamentação legal para ficarem alinhados aos preceitos básicos, não violando nenhuma legislação pertinente, mas, complementando o regramento vigente.

ISSNe 2595-1602

O patrimônio de um indivíduo e sua herança não se limitam mais somente a direitos, deveres e bens tangíveis. Os bens destituídos de existência física também compõem o cenário do patrimônio do indivíduo e é nesse cenário que se encontram os bens digitais, tão comuns e "visíveis" no dia a dia contemporâneo, bens que virão a compor a herança de um indivíduo, a chamada herança digital.

Com a evolução de toda essa denominada riqueza virtual, um questionamento de natureza jurídica ganha fundamental importância: qual a destinação de todos os patrimônios virtuais, caso o seu titular venha a óbito?

Esse questionamento é caracterizado de suma importância, pois, além de toda a questão patrimonialista, a preservação dos ativos digitais também se faz essencial em razão do irrefutável interesse da sociedade em assegurar ao indivíduo a possibilidade da transferência de seus estimados bens a seus sucessores (Gonçalves, 2014). Nesse cenário, Lara (2016, p. 114) acredita que "todo o conteúdo digital deve ser preservado para as gerações futuras."

Desse modo, neste trabalho se discorre a respeito do direito à herança digital, para, ao final, responder ao problema de pesquisa proposto, que seria: quais os impactos no ordenamento jurídico vigente da herança digital, se ela possui regulamentação jurídica, e quais são as maneiras de inserção dos bens incorpóreos, no processo sucessório?

2 **DIREITO SUCESSÓRIO E NOÇÕES GERAIS**

ISSNe 2595-1602

Successionem, traduzido ao português como sucessão, apresenta como significado, em seu sentido amplo, o ato de suceder, de vir após, depois, continuação. Todavia, no âmbito jurídico, a sucessão é a transmissão dos direitos e bens do *de cujus*[1], ou seja, do falecido. Ocorre, portanto, uma substituição de titularidades de bens, passando do *de cujus* para seus possíveis herdeiros (Gonçalves, 2014, p. 19).

Conforme Oliveira (2005, p. 50), a palavra sucessão em si caracteriza uma ideia de pluralidade significativa, assim como para o Direito, pois qualquer cessão de bens implica sucessão.

O exposto ramo do direito regula como ocorre perante a legislação atual a transmissão do patrimônio entre polos ativos e passivos, entre o *de cujus* e seus sucessores (Gonçalves, 2014, p. 25). Maximiliano (1942, p. 2) já questiona que o direito sucessório possui dois sentidos: o sentido objetivo, em que se trata de normas que regulam a transmissão dos bens e obrigações do indivíduo com a consequência morte, e o sentido subjetivo, este em sentido estrito, no qual o direito sucessório é o direito de suceder aos bens hereditários "de um defunto".

O direito sucessório possui sua ampla abrangência quando o assunto é espécies sucessórias, todavia, como traz Gonçalves (2014, p. 19), o vocábulo sucessão é aplicado de maneira restrita, principalmente, em relação ao presente artigo, o qual enfatiza o sentido estrito de sucessão para indicar a consequente morte de alguém, ou seja, sucessão *causa mortis*.

Orlando Gomes (2002, p. 25) classifica o direito sucessório como "a parte especial do direito civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte." Caracteriza pessoa apenas em relação às pessoas físicas, naturais e não às pessoas jurídicas, pois essa disposição não alcança pessoas jurídicas, uma vez que elas não possuem os preceitos que regulam qual a finalidade e o destino de seu patrimônio social.

De maneira genérica, o Direito Sucessório consiste na transmissão legal de bens entre polos, ativos e passivos, somente após o advento morte (Tartuce, 2011, p. 24). O que muda em uma relação jurídica sucessória são apenas os titulares, como afirma Venosa (2013, p. 1), pois objetos e conteúdos permanecem idênticos.

É imprescindível o direito sucessório no direito civil brasileiro regulamentar as relações sucessórias e seus possíveis desdobramentos, com a atual evolução das relações humanas e como estas transmigram para a vida dos que permanecem, dando-se continuidade a elas, pois como afirma Gonçalves (2014, p. 21), "o homem desaparece, mas os bens continuam."

2.1 HERANÇA

Herança, de forma sucinta e geral, é o patrimônio deixado pelo *de cujus* aos seus sucessores. Além de patrimônio, pode ser caracterizada como direitos e obrigações deixados pelo *de cujus* (Rodrigues, 2002, p. 23).

A expressão herança, de forma ampla, abrange um conjunto de direitos e obrigações, do *de cujus*, que com o advento morte, transmite-se aos seus herdeiros legítimos e testamentários, ou seja, aos seus sucessores, sempre em consonância com a lei. Já, de modo estrito, é o que será transmitido do *de cujus* a determinadas pessoas, bens como patrimônios ativos e passivos, porém, ambos sem sua devida classificação em relação aos tipos de bens e valores econômicos (Lôbo, 2016, p. 14).

Gonçalves (2014, p. 10) afirma que tanto quanto o patrimônio, a herança é um bem classificado entre as universalidades do direito (art. 91, CC/2002) e é um núcleo unitário, não passível de divisão em partes materiais enquanto permanece como tal.

Por outro lado, Venosa (2013, p. 30) afirma que a herança é um conjunto de direitos e obrigações que, com o incidente morte, transmite-se a uma pessoa, tanto herdeiros quanto cônjuge ou companheiro, ou mesmo a um conjunto de pessoas, nesse caso, possíveis "substitutos" de herdeiros legítimos na sucessão.

2.1.1 **Regulamentação atual da herança**

A herança é um direito e garantia fundamental reconhecido no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (Brasil, 1988). Conceituada por Diniz (2012) como o conjunto de direitos e deveres do *de cujus*, ou seja, é o seu patrimônio, que com o advento morte passa a ser transmitido aos seus herdeiros legítimos ou testamentários.

ISSNe 2595-1602

A regulamentação atual da herança está disposta na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX, e no Código Civil brasileiro de 2002, que regula o direito das sucessões subdividido em 4 títulos, quais sejam: Título I: "Da sucessão em Geral, II: "Da sucessão legítima, III: "Da sucessão testamentária e, por fim, IV: "Do inventário e da partilha (Brasil, 2002).

2.1.2 **Herança Digital**

O desenvolvimento tecnológico trouxe à sociedade pós-moderna relevantes mudanças em seu estilo de vida, principalmente, quando o assunto refere-se às áreas digitais e da informação. Com esse desenvolvimento tecnológico, o uso de diversos dispositivos eletrônicos tornou-se habitual no cotidiano, em virtude da grande facilidade de acesso a redes sociais, internet, informações, compartilhamentos. Nas palavras de Tomasevicius Filho (2016), "a internet é uma criação humana que modificou os limites do mundo sem precisar sair do planeta."

A herança digital é um tema de grande relevância e sua necessidade de regulamentação enfrenta paradigmas antigos que, apenas nos últimos anos, dentro da era da revolução tecnológica e digital, passaram a ser discutidos.

Houve um grande redirecionamento entre o mundo fático, físico, para o mundo virtual, preferivelmente ao que se refere ao acúmulo de riquezas incorpóreas. Essa mais nova forma atual de herança, se assim pode ser dito, foi evidenciada pela Era da Informação, que traz inúmeros desafios e questionamentos ao Direito das Sucessões, o qual, por inequívoco evolutivo em relação à legislação brasileira, está inapto para as mais novas formas de patrimônio e herança, armazenadas em serviços *on-line*, armazenamento em nuvem, perfis virtuais, contas virtuais, dentre outros (Franco, 2015, p. 54).

Qual destinação auferir a esse vasto patrimônio digital quando se refere ao falecimento do titular? Nesse contexto, Lara (2016, p. 114) acredita que "todo esse conteúdo digital, todo esse mundo virtual deve ser preservado, até mesmo como um tesouro para as gerações futuras, desde que autorizados pelas pessoas envolvidas."

Os doutrinadores e estudiosos que se propuseram a conceituar a herança digital, tema central do referido artigo, não discordaram muito do conceito básico de que ela se conceitua por ser um patrimônio virtual com objetos específicos, que consiste em tudo o que o *de cujus* pode guardar, em determinado espaço virtual, em vida. Nas palavras de Lima (2016, p. 61), "a noção de Herança Digital expressa a possibilidade de transmissão do acervo patrimonial digital do *de cujus* para seus herdeiros." A herança digital consiste no legado digital de um indivíduo que fica armazenado digitalmente, através das nuvens, ou armazenado em determinado computador, após sua morte (Silva, 2014, p. 31).

A natureza jurídica da herança digital é de bem imóvel, pois conforme o art. 80, inciso II, do Código Civil, considera-se imóvel, para os efeitos legais, o direito à sucessão aberta, submetendo-se ao regramento jurídico próprio desse tipo de bem (Lima, 2016, p. 12). Nessa mesma linha de raciocínio, a herança digital ainda pode

ISSNe 2595-1602

ser considerada um complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico, nos termos do art. 91, do Código Civil.

A partir dessas discussões é que naturalmente os Estados foram chegando à conclusão de que se faz necessária a tutela da herança digital, visto que faz parte dessa nova realidade que se instaura com a sociedade pós-moderna, tão marcada pelo excêntrico uso da internet em sua cultura (Pereira, 2013, p. 110).

Afinal, o que se entende sobre a chamada herança digital?

A herança digital pode ser compreendida como a herança tradicionalmente conceituada nas doutrinas de Direito Civil, porém possuindo em seu teor objetos mais específicos, como o patrimônio virtual do *de cujus*, que equivale a tudo o que ele pode guardar em determinado espaço virtual em vida, ou seja, qualquer bem ou serviço virtual de titularidade personalíssima do autor da herança (Brasil, 2012b).

Para Diniz (2012, p. 77), a herança é "o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cujus*."

2.1.2.1 Regras de sucessão aplicáveis à herança digital

Um dos problemas jurídicos que tomou grandes proporções na sociedade ultramoderna, na qual as relações sociais tornaram-se cada vez mais eletrônicas, é a regulamentação da sucessão do patrimônio digital dos indivíduos, como ressaltam Baretto e Nery Neto (2015, p. 113).

O Código Civil de 2002, em seu texto e capítulos, não traz nenhuma regulamentação expressa quanto à herança digital, ou seja, herança essa que trate dos bens digitais, estes armazenados virtualmente (Brasil, 1988).

Nesse contexto é que, em 2012, o Deputado Jorginho dos Santos Mello propôs o Projeto de Lei n. 4.099/2012, com vistas a tutelar justamente a questão da sucessão do patrimônio digital das pessoas que, como abordado inicialmente, ficou conhecida como "herança digital".

O direito sucessório possui como principal conteúdo a transmissão de direitos e deveres do estimado autor da herança ou, como se pode nomear, *de cujus*, aos seus herdeiros, mediante testamento, disposição de última vontade, ou pelo que está determinado em Lei (Tartuce, 2017, p. 15).

O dispositivo legal no qual se encontram as regras correlatas ao Direito sucessório e seus desdobramentos é o Código Civil Brasileiro de 2002, nos seus artigos 1.784 a 2.027 (Brasil, 2002).

O início do direito sucessório começa com a abertura da sucessão, que ocorrerá somente com o momento da constatação da morte do indivíduo. Constatada a morte real do *de cujus*, segue-se à abertura da sucessão, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos, os quais serão ditados pelo legislador, e os herdeiros testamentários, os quais serão ditados pelo testamento realizado pelo *de cujus* (Código Civil, 2002, art. 1.784).

ISSNe 2595-1602

Além do disposto no Código Civil brasileiro, o direito sucessório está garantido na Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, inciso XXX, já explanado, e em seu art. 227 § 6º, onde assegura a paridade de direitos, inclusive os sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, assim como por doação (Gomes, 2012, p. 4).

Para Baretto e Nery Neto (2015, p. 30), as empresas jamais poderiam estipular cláusulas proibitivas de sucessão quando o assunto é aquisição de bens virtuais, pois essas cláusulas proibitivas não podem estar antepostas ao direito fundamental à herança, constante do art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal Brasileira, devendo o Poder Judiciário garantir a unidade do ordenamento jurídico ao adequar "as políticas de uso" dos serviços de venda de conteúdo digital. Outro elemento apresentado por Costa Filho (2016, p. 20), como obstáculo à transmissão hereditária dos bens digitais, é a privacidade.

O patrimônio digital dos usuários *on-line* aumenta diariamente e com esse aumento se observa a crescente escassez de normas jurídicas que venham a regulamentar a proteção jurídica desses bens em relação à sua transmissão diante do direito sucessório (Lara, 2016, p. 45-46). Por essa razão, julga-se necessária uma mudança legislativa a fim de regulamentar a proteção de determinados bens digitais quando o seu proprietário sucumbir, cessando sua personalidade civil.

Como já abordado, a legislação pátria não aborda a herança digital. Os direitos sucessórios em relação aos bens armazenados digitalmente, por não possuírem uma regulamentação específica quanto à herança digital, em específico, acabam sendo interpretados e relacionados aos direitos advindos das regras sucessórias impostas pelo Código Civil brasileiro de 2002, ou seja, em uma interpretação lógica esses bens digitais passam a ser dos herdeiros legítimos, testamentários, descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro, assim como o disposto na legislação correlacionada à vocação hereditária (Pinheiro, 2013, p. 77).

Não há, na legislação atual brasileira, incluindo o Código Civil brasileiro, nenhuma disposição referente à regulamentação da herança digital, que trate exclusivamente de bens acondicionados virtualmente. Entretanto, há uma única fonte normativa presente no Brasil que aborda questionamentos sobre a herança digital, o Projeto de Lei n. 4.099, de 2012, de autoria do Deputado Federal Jorginho dos Santos Mello. O Projeto de Lei foi criado com o intuito de tutelar lacunas da lei relacionadas à matéria sucessória do patrimônio digital das pessoas, que passou a ser conhecido como herança digital. Este Projeto de Lei pretende alterar o artigo 2.788 da Lei n. 10.406/2002, a qual "implementou o Código Civil brasileiro", incluindo o tema herança digital à legislação pertinente (Brasil, 2012a).

Jorginho Mello justifica a implementação deste Projeto Lei mencionando a carência de legislação acerca do tema e, principalmente, como o direito deve se ajustar acerca dessa nova realidade, já presente no cotidiano brasileiro e em diversas decisões judiciais. *In verbis*:

> O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares. Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam

ISSNe 2595-1602

> obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. (Brasil, 2012a).

O PL foi apresentado em 2012, já teve seu texto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e remetido para que o Senado Federal o aprecie, entretanto, ainda não foi sancionado. Não obstante, a sua proposta denota de um importante marco no desenvolvimento social e tecnológico e ao ajuste necessário à nova realidade contemplada pelo estilo de vida contemporâneo. Com a aprovação deste Projeto de Lei estaria se aderindo a um novo legado sucessório no Direito brasileiro.

A implicância da não existência de uma lei regulamentadora na legislação brasileira não coíbe a inclusão de bens digitais em um inventário. Inúmeros casos abrangendo a discussão do tema herança digital vêm sendo divulgados nas mídias e nas divergentes decisões dos Tribunais (Lara, 2016, p. 50).

Um dos primeiros casos brasileiros que repercutiu acerca da herança digital foi o caso da jornalista Juliana Ribeiro Campos, que em maio de 2012 faleceu. Por ter deixado suas redes sociais ativas, o perfil do *Facebook* de Juliana tornou-se um “muro de lamentações”, como relatou sua mãe Dolores Pereira, a qual, sentindo-se angustiada com tal situação, pleiteou na justiça do Estado de Mato Grosso do Sul a retirada do perfil da jovem do ar. Seu pedido foi deferido pela Juíza Vania de Paula Arantes, a qual deferiu o pedido por meio da decisão de que a empresa que mantém ativa a conta de um usuário já falecido vem diretamente atacar o direito à dignidade da pessoa humana e, principalmente, das pessoas próximas (Globo, 2013).

Outro caso de notória repercussão, este em nível internacional, foi o de Justin M. Ellswort, que veio a óbito no Iraque, em 2004, também deixando redes sociais ativas. Seus pais, ao tentarem contato com a empresa *Yahoo*, para ter o devido acesso ao *e-mail* do seu filho já falecido, tiveram o seu pedido negado, pois a empresa alegou que, em razão de seus termos de segurança, os usuários de seus programas deveriam, em vida, estabelecer determinadas pessoas que poderiam vir a ter acesso a suas contas digitais após seu óbito. Devido à negativa de acesso resolveram, portanto, recorrer ao Judiciário, com o intuito de ver o suposto direito de acesso à conta o filho falecido garantido (Resende, 2012).

Denota-se, por intermédio dos casos supracitados e da inexistência de uma legislação pertinente sobre o assunto, que há diversos entendimentos diferenciados em relações a casos fáticos apresentados nos Tribunais. Para alguns se entende que a falta de jurisprudência, pacificando quais ativos digitais podem ser transmitidos aos herdeiros, acarreta dúvidas correlacionadas a quais bens digitais podem ser objetos sucessórios, entre eles bens de valor patrimonial ou não. Há também a defesa, por parte de advogados, aos termos de segurança dos “maiores portais da Internet”, como o *Facebook*, *Yahoo*, *Google*, onde somente poderia ocorrer acesso a contas e bens

ISSNe 2595-1602

digitais se, ainda em vida, o falecido deixasse estabelecido quais pessoas poderiam teriam acesso a suas contas e bens digitais (Colégio Notarial do Brasil, 2018).

Em relação aos casos e divergências aqui comentados é que surge a urgência da discussão relacionada à herança digital no Brasil e no mundo, havendo a necessidade da tutela da herança digital.

2.2 O DIREITO DIGITAL E SEU CARÁTER EVOLUTIVO

Para Lima (2013, p. 20), o direito digital é "a evolução do próprio direito para acompanhar a atualização dos meios de comunicação e das relações entre as pessoas, qual seja, a vida digital." Em outras palavras, para Pinheiro (2013, p. 7), o direito digital é a própria evolução do direito moderno, mantendo seus institutos e princípios fundamentais já existentes, buscando, porém, aplicações a uma nova realidade atual da sociedade, a era da inclusão digital.

O direito digital destaca-se pela sua abrangência e dinamismo, pois não está limitado somente à Internet (Pinheiro, 2013, p. 80). Entende-se como um ramo inusitado do Direito que teve seu surgimento em virtude do efeito do desenvolvimento e impacto tecnológico na sociedade (Paiva, 2009, p. 7).

Esse direito, de fato, possui inúmeras particularidades, dentre elas a questão de que os "princípios prevalecem às regras", pois o acelerado ritmo da evolução tecnológica estará sempre à frente do ritmo da evolução da atividade legislativa. Isso faz com que a autorregulamentação seja um fator presente dentro do direito digital, no qual os próprios participantes criem um complexo de regras e soluções dinâmicas e práticas para a solução dos conflitos, sem deixar de atender ao dinamismo exigido pelo Direito Digital (Pinheiro, 2013, p. 25).

Essas particularidades, para Lima (2016, p. 57), refletem em características básicas que determinam esse ramo jurídico, entre elas estão a celeridade, a autorregulamentação e o dinamismo, estas exemplificadas acima.

Deve-se considerar que em razão da predominância da autorregulamentação desse direito, faz-se necessária a informação das normas e procedimentos digitais, por parte dos provedores, aos usuários que serão submetidos a estas, para que ninguém alegue o desconhecimento da lei, escusando-se de cumpri-la sob a alegação do seu não conhecimento, conforme consta no artigo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Pinheiro, 2013, p. 29).

Em relação aos aspectos constitucionais, o direito digital está instituído na liberdade de acesso à informação, garantia disposta no artigo 220 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (Brasil, 1988).

Por se tratar de um direito evolutivo, o direito digital enfrenta imensuráveis desafios jurídicos, os quais, nas palavras de Pinheiro (2013, p. 53-54), "enfrentam contradições entre globalização e individualização, que é a grande característica de nossa era – uma era de transição, em que convivem conceitos aparentemente tão díspares."

ISSNe 2595-1602

Pinheiro (2013) alega que o Direito Digital não é um "novo direito", e sim um direito derivado da atual legislação:

> Não devemos achar, portanto, que o Direito Digital é totalmente novo. Ao contrário, tem ele sua guarida na maioria dos princípios do Direito atual, além de aproveitar a maior parte da legislação em vigor. A mudança está na postura de quem a interpreta e faz sua aplicação. [...] O Direito tem de partir do pressuposto de que já vivemos uma sociedade globalizada. Seu grande desafio é ter perfeita adequação em diferentes culturas, sendo necessário, por isso, criar a flexibilidade de raciocínio, nunca as amarras de uma legislação codificada que pode ficar obsoleta rapidamente.

Para não deixar vaga a questão legislativa, dentre as leis existentes, que condizem com o Direito Digital, menciona-se a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada e popularmente conhecida como Marco Civil da Internet. Essa lei estabelece princípios, direitos, deveres e garantias para o uso adequado da Internet no Brasil, tutelando as situações jurídicas decorrentes do seu uso (Brasil, 2014). Entretanto, o marco civil da internet não retrata todos os aspectos referentes ao direitos sucessórios de bens digitais, mesmo sendo uma lei recente.

Como bem coloca Pinheiro (2013, p. 35), indiferente de qual caminho o Direito Digital eleger para tutelar todas as novas questões jurídicas derivadas desse direito, o jurisdicionado não pode vir a retroceder ao Estado de Natureza, pois, assim, estar-se-ia perdendo a crença nas instituições e submetendo a sociedade a um estado arcaico, onde se faz "justiça com o próprio *mouse*".

ISSNe 2595-1602

2.3 BENS DIGITAIS

Como já abordado nas seções anteriores, a morte é de fato um acontecimento jurídico ordinário, que com o seu marco gera efeitos jurídicos relacionados à abertura da sucessão, ou seja, a herança do *de cujus* é colocada em pauta e a transmissão de seu patrimônio ocorre (Fiúza, 2004, p. 998).

Lato Sensu, o objeto da sucessão é a herança, ou como se classifica, é o patrimônio do falecido. Porém, o patrimônio do *de cujus* não se limita a direitos e bens corpóreos, uma vez que bens que não possuem existência física, como os bens digitais, também podem compor o patrimônio de uma pessoa (Diniz, 2012, p. 77).

É possível definir os bens digitais como uma espécie de bens incorpóreos, bens que não possuem existência física, como já supracitado. Todavia, os bens digitais são conceituados, segundo Lara (2016, p. 22), como "bens que podem ser processados em dispositivos eletrônicos", isto é, informações que possam ser armazenadas virtualmente, por intermédio de dispositivos eletrônicos, como computadores, celulares e tablets. Já para Lacerda (2017, p. 74), os bens digitais são "bens incorpóreos, os quais são inseridos na internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal, que lhe trazem alguma utilidade, tenham ou não conteúdo econômico."

Tais bens podem ser compostos por textos, vídeos, fotografias, base de dados, arquivos eletrônicos, entre outros, como também podem ser caracterizados como bens incorpóreos, pois os bens digitais são os que mais se assemelham a bens incorpóreos e, por vezes, é a característica mais trazida pelos doutrinadores (Lacerda, 2017, p. 61). Em síntese, os bens digitais são o mais novo tipo de herança que surgiu na internet.

2.3.1 **Caracterização dos bens digitais**

A relativa democratização do acesso à internet no Brasil revolucionou o estilo de vida de sua sociedade, pois deu origem a comportamentos, hábitos, culturas até então inesperadas. Com a constante evolução do mundo digital as pessoas passaram a padronizar novos hábitos inerentes ao mundo cibernético, como comprar itens em lojas virtuais, interagir com as pessoas de seu círculo social por meio de mensagens *on-line* e redes sociais, perdendo o hábito do contato físico, mas o mais preponderante foi que passaram a armazenar seus bens, inclusive econômicos, em serviços de nuvem virtual, transformando relações interpessoais em uma relação digital (Lacerda, 2017, p. 9).

Por se tratar de direito sucessório, o objeto da sucessão é, evidentemente, o patrimônio do falecido, ou seja, o seu conjunto de bens – tanto corpóreos quanto incorpóreos, de valor econômico e/ou sentimental –, e direitos, que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários. Em relação aos bens digitais, estes se encontram caracterizados como todo e qualquer conteúdo intangível que se compartilha na web, na internet. Podem ser caracterizados como legado virtual, esses são bens especificamente considerados incorpóreos e originados da inteligência humana (Lara, 2016, p. 48).

Como exemplo de bens digitais pode-se mencionar arquivos eletrônicos de modo geral, envolvendo mensagens, armazenamento de serviços, fotos, vídeos, livros em pdf, documentos *on-line*, músicas, conteúdos associados às contas pessoais no Instagram, Facebook, entre outros.

A caracterização dos bens digitais varia de autor para autor. Alguns estabelecem que a classificação dos bens digitais mereça suma importância e distinção, pois para cada classe de bens digitais o tratamento jurídico pode ser diverso, é isso que alega Pinheiro (2013, p. 32). Já para Lacerda (2017, p. 112), os bens digitais são definidos como bens de valor financeiro e bens de valor emocional. Os bens de valor financeiro podem ser classificados como bens de valor econômico, de caráter patrimonial, podendo ser transmitidos aos herdeiros, entre eles mencionam-se as músicas, bibliotecas digitais, acervos digitais, jogos *on-line*, moedas virtuais, milhas aéreas, entre outros.

Conceituado por Lima (2016, p. 54), os bens digitais são todo e qualquer item de conteúdo de imagens, textual, arquivos de mídia, que possua em si o seu direito de uso, entendendo-se, portanto, que devem possuir o direito autoral, caso contrário, não será conceituado como um bem digital.

ISSNe 2595-1602

Lara (2016, p. 22) afirma que os bens digitais são como uma espécie de bens incorpóreos, ou seja, são definidos como incorpóreos em razão de sua característica de ser um bem que não possui uma existência material, física e tangível, mas que possui valor econômico e também sentimental.

Não se pode entender como bens digitais apenas os conteúdos incorpóreos e aqueles originados da inteligência humana que se compartilha via internet. Compreende-se como bens digitais e de objeto de sucessão digital aqueles que possuem valoração econômica e, principalmente, os de valoração sentimental, que possuem afeição tanto pelo titular do bem quanto por seus possíveis sucessores.

Nesse rumo, Baretto e Nery Neto (2015, p. 1) escrevem: "A digitalização das relações sociais tem mudado a maneira como o ser humano interage no seu ciclo social." A nova realidade instituída pela Era da Informação cria inúmeros desafios ao Direito Sucessório, que está desprevenido para essas atuais formas de bens e patrimônios digitais, armazenados virtualmente e regidos por milhares de informações (Franco, 2015, p. 91).

2.3.2 **Bens digitais enquanto bens incorpóreos suscetíveis de sucessão**

Especificamente, a doutrina classifica os bens como corpóreos e incorpóreos, os primeiros, bens que possuem uma existência física, tangível, material; os segundos, bens que não possuem uma existência material, física e tangível, mas possuem um valor econômico, sendo bens que possuem existência apenas jurídica. Com a evolução da sociedade para uma sociedade virtualizada, esse entendimento específico doutrinário passou a necessitar de mudanças, tendo em vista que os bens digitais são classificados como incorpóreos (Lara, 2016, p. 23).

Dentre muitos doutrinadores, vários defendem a relevância da herança digital, como também acreditam que os bens digitais possuam valor econômico. Nesse patamar, Lima (2013, p. 33) explana a respeito da possibilidade de dois tipos de modalidade de intervenção dos herdeiros no acervo de bens digitais do *de cujus*: uma das modalidades consiste nos bens suscetíveis de valoração econômica e a outra modalidade consiste em bens não suscetíveis de valoração econômica.

Edwards e Harbinja (2013, p. 106) também trazem a classificação de que os bens digitais são divididos em dois ramos: os bens digitais com valor econômico e os bens digitais sem valor econômico, estes denominados como bens de valor sentimental, valor pessoal.

Tendo em vista que nem sempre os bens digitais possuem valor econômico, podendo possuir somente valor sentimental, é que surgiu a premissa de uma celeuma doutrinária em relação aos bens que compõem a herança digital. Tal celeuma origina-se do fato de que os bens digitais podem ser ou não suscetíveis de valoração econômica. Os bens economicamente apreciáveis, como músicas, livros, jogos, filmes, entre outros, podem perfeitamente serem transferidos aos herdeiros, sem nenhuma necessidade de o autor da herança elaborar qualquer testamento incluindo esses bens. Porém, referente aos bens insuscetíveis de valoração econômica, não se

ISSNe 2595-1602

pode afirmar o mesmo, tendo em vista que até alguns juristas negam a sua transmissibilidade quando inexistir testamento, caso este em que será necessário o auxílio do judiciário (Lima, 2013, p. 33).

Para sustentar esse entendimento, determinados juristas apoiam-se em dois argumentos exemplificados por doutrinadores. O primeiro entendimento, nas palavras de Lima (2013, p. 34), é o fato de que "os bens insuscetíveis de valor econômico, por não possuírem valor financeiro, não entram na partilha, não fazendo parte do patrimônio a ser recebido pelos herdeiros." Para Franco (2015, p. 35), isso ocorre, porque "a definição de patrimônio considerada pelo direito brasileiro leva em consideração somente o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa dotadas de valor econômico."

Todavia, há entendimentos doutrinários no sentido de que mesmo os bens insuscetíveis de valoração econômica podem ser transferidos aos herdeiros sem testamento do *de cujus*. Para Antunes e Zampieri (2015, p. 5), há casos em que a herança não deveria ser restrita apenas a uma forma de proteção de bens, exclusivamente materiais, mas a bens que possam ser registrados pessoal e sentimentalmente nas redes sociais em geral. Franco (2015, p. 71) conclui que o mais adequado para esses casos seja a inclusão dos ativos digitais na herança do *de cujus*, mesmo que estes não possuam valoração econômica.

Para Lima (2013, p. 35), não há nenhum empecilho em acrescentar bens digitais de valoração econômica na herança, pois tais bens condizem com o conceito mais básico de patrimônio.

O intrigante é que determinados serviços de internet, dentre eles *Facebook* e *Google*, já apresentam ferramentas para que seus usuários estabeleçam ainda em vida qual será a destinação de seus bens arquivados digitalmente para quando o advento morte ocorrer (Vírgula, 2013).

Não há nenhuma disposição, no Código Civil brasileiro, relacionada à herança digital, que aborde especificamente sobre os bens armazenados digitalmente. Porém, a legislação brasileira não aparenta possuir qualquer impedimento com a inclusão dos bens digitais em testamentos. Assim, por intermédio de uma interpretação lógica, o testamento de uma pessoa física, mesmo que este não faça qualquer menção a bens digitais, não impede que os sucessores e possíveis herdeiros pleiteiem ação judicial para obter acesso a esses bens.

Costa Filho (2016, p. 5) aborda sobre o entrave relacionado à transmissão dos bens digitais pela herança, esta classificada como privacidade. A privacidade, enquanto direito fundamental, estabelecido pelo artigo 5, inciso X, da Constituição Federal e enquanto direito protegido pelo artigo 21, do Código Civil, pode vir a ser violada, por exemplo, em casos que o objeto da sucessão viole questões de segurança de determinados provedores digitais ou que viole a privacidade do *de cujus*, quando em vida se submeteu a aceitar termos de segurança impostos por *sites* e contas digitais. O simples fato de se colocar elementos como estes, que violem a privacidade e termos de segurança de provedores, já gera uma discussão acerca dessa violação.

ISSNe 2595-1602

Entretanto, cumpre ressaltar, juntamente com uma legislação civil integralmente reformada no ano de 2002, que os bens incorpóreos não carecem de qualquer aceitação jurídica, na doutrina e nos tribunais, pois já eram aceitos de forma pacífica no direito privado internacional, porém, sua classificação não encontra respaldo jurídico no texto do Código Civil.

É indiscutível a necessidade de incluir os bens digitais na herança, isso em razão de que o elevado índice de acúmulo de patrimonial digital mostra-se presente no cotidiano brasileiro. Não obstante o direito à herança digital ter sido ascendido como direito fundamental pela Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XXX (Brasil, 1988), empresas, servidores, juristas, advogados, dentre outros, não sabem resolver e não encontram respaldo jurídico para solucionar o destino dos ativos digitais do *de cujus* para com seus herdeiros (Lacerda, 2017, p. 113).

3 **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na atual legislação pátria, especificamente a respeito da relação sucessória, não há qualquer dispositivo que trate sobre Herança Digital e a transmissão dos bens digitais. Diante da escassez legislativa sobre o tema, é fundamental se buscar respaldo na analogia e na interpretação extensiva, com o objetivo de viabilizar a transmissão sucessória referente aos bens digitais. Segundo Pamplona Filho (2016, p. 112), a interpretação extensiva e análoga, inúmeras vezes, não é suficiente para acompanhar o célere e eminente crescimento do direito digital, pois isso não garante a devida proteção à sociedade perante essa nova realidade.

O presente artigo teve o intuito do aprofundamento em relação à herança digital e a transmissão dos denominados ativos digitais de titularidade do *de cujus.* Sendo assim, o trabalho teve como finalidade afrontar o problema da possibilidade de transmissão, *post mortem*, dos bens digitais do falecido, sem este ter fornecido prévia manifestação sobre a possível transmissão desses bens, mesmo não havendo a inserção do tema herança digital no regulamento jurídico brasileiro.

A legislação atual brasileira não prevê qualquer legislação específica sobre o assunto, como também não prevê a possibilidade de transmissão de bens digitais do autor da herança a seus herdeiros. A transferência desses bens por intermédio do processo sucessório encontra-se limitada e subentendida de forma análoga. Essa transmissão somente será possível com a aprovação do Projeto de Lei n. 4.099/2012, o qual, caso aprovado, assegurará aos herdeiros a transmissão dos conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do *de cujus*, caso o mesmo não tenha confeccionado testamento, acrescentando ao parágrafo único do art. 1.788 do Código Civil, de 2002, determinada disposição.

Com a ausência de uma lei que regulamente a herança digital torna-se válido, para a interpretação e aplicação, o conceito trazido pela Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso XXX, o qual garante o direito à herança, juntamente com os dispositivos que a regulamentam, presentes no Código Civil brasileiro de 2002.

ISSNe 2595-1602

A inserção de novas tecnologias no mercado fez com que o mundo fosse elevado a uma nova dimensão digital, na qual a célere virtualização e modernização da sociedade são fatores que demonstram a vital necessidade do poder legislativo de aderir a questão da herança digital, dessa forma, tornando viável a aprovação da herança digital no ordenamento jurídico vigente, juntamente com a aprovação do Projeto de Lei n. 4.099/2012.

Nesta linha tênue, compreende-se que, mediante interpretações lógicas, extensivas e, muitas vezes, análogas das normas sucessórias relacionadas nos dispositivos do Código Civil de 2002, é que ocorre a possibilidade de transmissão do legado digital, de seus bens incorpóreos e armazenados na rede, de determinado usuário a seus familiares.

A necessidade de inclusão da herança digital no ordenamento jurídico surgiu com a preocupação e a urgência de uma maior segurança jurídica quanto à destinação dos ativos digitais do falecido. Isso faz com que se torne necessária uma legislação que regule a questão da herança digital referente à transmissão dos bens digitais do *de cujus*, para garantir determinada segurança jurídica.

O constante questionamento sobre a transmissão desses bens demonstra-se presente em diversos entraves sucessórios, principalmente, por esses ativos não estarem sujeitos a qualquer regulamentação. Em relação às celeumas apresentadas ao judiciário e pela falta de uma legislação coerente é que se compreende pela inovação da maneira como se efetua o processo sucessório, inventário e partilha.

Por fim, conclui-se pela imediata necessidade de inserção da herança digital no ordenamento jurídico brasileiro, pois as relações digitais, com o decorrer do tempo, passaram a adquirir grande importância perante a sociedade, sendo imprescindível que a relação sucessória se adeque à realidade atual, assim se estaria aderindo a um novo legado sucessório no Direito brasileiro.

ISSNe 2595-1602

Nota

[1] Termo jurídico em latim que define a pessoa de cuja sucessão se trata, ou seja, o falecido de quem os bens estão em inventário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 7ª. ed. rev. São Paulo: Método, 2013.

ANTUNES, Nathália Zampieri; ZAMPIERI, Marcelo Carlos. A herança digital e sua necessidade de implementação no processo de modernização do ordenamento jurídico brasileiro. *Anais da Semana Acadêmica Fadisma Entrementes*. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em: <http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/a-heranca-digital-e-sua-necessidade-de-implementacao-no-processo-de-modernizacao-do-ordenamento-juridico-brasileiro.pdf>.

ATHENIENSE, Alexandre. *Herança digital já chegou ao Brasil*. 2011. [Consult. 26 jun. 2018]. Disponível em: <http://www.atheniense.com.br/noticiais/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil/>.

AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de, <<A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais causa mortis em relação aos direitos personalíssimos do de cujus>>, in CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 3., 2015, Santa Maria. *Anais* [...] Santa Maria: UFSM, 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Comunicado nº 25.306/2014*. 2014. [Consult. 23 abr. 2018]. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>.

BARETTO, Alessandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchiêta. Herança Digital. *Direito & TI – Debates Contemporâneos*. 2015. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/site/wp-content/uploads/2016/03/BARRETO-Alessandro-Gon%C3A7alves-NERY-NETO-Jos%C3%A9-Anchi%C3%AAta-Heran%C3%A7a-Digital.pdf>.

BERTASSO, Bruno de Matos. *Bens digitais em serviço de computação em nuvem e o direito de sucessão*. Orientador: Aletéia Patricia Favacho de Araújo. 2015. 67 p. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil na Constituição de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1991.

BRASIL. *Código Civil*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [Consult. 10 fev. 2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. [Consult. 26 maio 2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. [Consult. 12 fev. 2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

BRASIL. *Projeto de lei ordinária n. 4099/2012*. Altera o art.1.788 da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". 2012a. [Consult. 26 maio 2018]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4009/2012>.

BRASIL. *Projeto de lei ordinária nº 4847/2012*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 2012b. [Consult. 05 jun. 2018]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012>.

ISSNe 2595-1602

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *Valor Econômico: Justiça recebe os primeiros casos sobre herança digital*. 2018. [Consult. 04 abr. 2019]. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTY4MjI=&MSG_IDENTIFY_CODE>.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias, <<Herança Digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente>>, *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, (2016). [Consult. 23 maio 2018]. Disponível em: <http://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-mortem Privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 32/1 (2013).

FÁVERI, Paula Galatto de, *Herança Digital no Brasil: uma análise dos direitos da personalidade após a morte quanto aos arquivos deixados na internet*, 2014. 100 p. Dissertação (Mestrado em Direito), Acessível na (Universidade do Extremo Sul Catarinense), Criciúma, 2014.

FIÚZA, C. *Direito Civil: Curso Completo*. 8ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANCO, Eduardo Luiz, *Sucessão nas redes sociais: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus*, 2015. 71 p. Dissertação (Mestrado em Direito), Acessível na (Universidade Federal de Santa Catarina), Florianópolis.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Direito Civil: Parte Geral*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GLOBO. *Portal de notícias G1*. Mãe pede na Justiça que Facebook exclua perfil de filha morta em MS. 2013. [Consult. 06 jun. 2018]. Disponível em: <http://gl.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exlcua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14ª. ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. *Herança Digital*. Porto Alegre: Edição do Autor, 2016.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. [Consult. 23 jun. 2018]. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>.

ISSNe 2595-1602

LIMA, Isabela Rocha, *Herança Digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente*, 2013. 57 p. Dissertação (Mestrado em Direito), Acessível na (Universidade de Brasília), Brasília, DF.

LIMA, Marcos Aurélio Mendes, *Herança Digital: Transmissão post mortem de bens armazenados em ambiente virtual*, 2016. 95 p. Dissertação (Mestrado em Direito), Acessível na (Universidade Federal do Maranhão), São Luís.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 1 e v. 3.

MISES, Ludwig von. *A verdade sobre a inflação*. Instituto Ludwig von Mises Brasil, São Paulo, 27 maio 2008. [Consult. 17 set. 2018]. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=101>.

MISES, Ludwig von. *Ação Humana. Um tratado de economia*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: A nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *A Ciência do Direito Informático*. Belém, 2009. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30390-31543-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2017.

PAMPLONA FILHO, R. *Direito Civil: Parte Geral*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 5ª. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com as Leis nº 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINHEIRO, Patricia Peck, coord. *Direito digital aplicado 2.0*. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RESENDE, Letícia. "Pós-vida" digital: o que acontece com suas contas depois que você morre? *Hypescience*, 2012. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em: <http://hypescience.com/pos-vida-digital-o-que-acontece-com-suas-contas-depois-que-voce-morre/>.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 25ª. ed. Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

ROTHBARD, Murray N. *O que o governo fez com o nosso dinheiro?* São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

SILVA, Jéssica Ferreira da. *Herança digital: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e comunicação da Universidade Federal de Goiás*. Goiânia, 2014. [Consult. 23 jun. 2018]. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/xmlui/bitstream/handle/ri/10808/TCC%20-%20Biblioteconomia%20%20J%C3%A9ssica%20Ferreira%20da%20Silva?sequence=1&isAllowed=y>.

ISSNe 2595-1602

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Método, 2017. v. 6.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 1.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, <<Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo>>, *Periódico Scielo. Estud. Av.*, 30/86, (2016). [Consult. 23 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103

40142016000100269>.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

VENOSA, Silvio De Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7.

VÍRGULA. *Portal de notícias*. Google cria testamento virtual para seus produtores. 2013. [Consult. 15 jun. 2018]. Disponível em: <http://www.virgula.com.br/geek/google-cria-testamento-virtual-para-seus-produtos/>.

ISSNe 2595-1602

PROTEÇÃO DE DADOS E O CONFLITO DE INTERESSES NA COLETA, ARMAZENAMENTO E USO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS – O CASO DOS CADASTROS EM FARMÁCIAS BRASILEIRAS

Elisa Pontes Silva de Oliveira[1]

Lorena Cristine Cavalcante da Silva[2]

RESUMO: O presente estudo ressalta a característica mais marcante do século XXI, qual seja, a crescente informatização e confluência de dados que, por sua vez, tem gerado cada vez mais aproximação, conectividade e interação humana, e em contrapartida riscos a direitos ditos invioláveis, como a privacidade e a intimidade. Tudo isso tem se dado a partir do crescimento exponencial da coleta de informações pessoais, por setores privados, e as incógnitas por trás do uso dessas informações. Nessa esteira, além de narrar uma polêmica em uma das formas de coleta de dados utilizada no Brasil, trata ainda da abordagem acerca da regulamentação da proteção de dados pessoais, com destaque à Lei Federal nº 13.709/2018 e Regulamento Europeu 2016/679 (RGPD).

PALAVRAS-CHAVE: dados, interesse, violação, privacidade, regulamentação.

ISSNe 2595-1602

1 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Endereço eletrônico: elisa.pontes14@gmail.com

2 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Endereço eletrônico: lorenacristinecs@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O Século XX foi marcado por diversas inovações tecnológicas, sendo a principal a chamada "Revolução da Informação". Com o desenvolvimento da informática e da Internet, cada vez mais pessoas passaram a ter acesso instantâneo a informações de diversos lugares do mundo, bem como a interagir com as outras de forma antes inimagináveis. Essa mudança proporcionou a criação de novos mercados, que alteraram a cultura de consumo (por exemplo, serviços de *streaming*). No entanto, não apenas surgiram novos nichos de mercado; pouco a pouco, também as atividades tradicionais têm abrangido elementos de tecnologia para otimizar seus serviços e atrair mais clientes.

Em todo esse contexto, percebeu-se que a *commodity* mais valiosa para o desenvolvimento de atividades econômicas na Era Digital é a figura dos dados pessoais. A todo momento, milhões de pessoas fazem comentários no *Facebook*, "curtem" publicações no *Instagram*, assistem algum filme no *Netflix*... Esses dados, para fins de *marketing*, revelam quando combinados, por exemplo, a preferência geral de determinada faixa etária quanto a um tipo de filme; ou o estilo de moda que determinado grupo prefere adotar, dentre outros. Percebe-se, assim, a relevância, para os agentes econômicos, do acesso a dados pessoais de seus potenciais clientes, tanto para a projeção de mercado quanto até mesmo para a formação posterior de perfil de consumo.

Nessa toada, não se podendo deixar de admitir a inexorabilidade desse modelo econômico, também exsurge, quase imediatamente, a preocupação com os indivíduos titulares desses dados. O recente escândalo de vazamento de dados dos servidores do Facebook[1] gera incerteza quanto á efetiva preocupação das empresas tanto em manter o sigilo dos dados, como em informar aos indivíduos o propósito de sua coleta, armazenamento e tratamento. Essa falta de informação pode resultar no uso indevido dos dados, como para fins discriminatórios.

Desse modo, é necessária a ponderação entre os interesses ligados ao desenvolvimento tecnológico e econômico e o direito individual à proteção de dados. O presente trabalho, assim, tem como objetivo detalhar as origens e possíveis consequências dessa colisão, bem como analisar as respostas legislativas e jurisprudenciais do direito europeu e brasileiro dadas a essa questão.

1. OBJETO DO ESTUDO

O objeto do presente estudo é o direito à proteção de dados pessoais e sua regulamentação.

2. REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO

2.1. ABORDAGEM

O presente trabalho apreciará a questão através de um método dedutivo, tendo em vista que a hipótese levantada – colisão de interesses entre atividade

ISSNe 2595-1602

econômica e o direito à proteção de dados pessoais – será observada à luz da dogmática Civil- Constitucional.

2.2. TÉCNICA DE PESQUISA

A técnica utilizada será a documentação indireta, com análise de fontes primárias – em exemplo as leis e decisões jurisprudenciais – e secundárias – escritos doutrinários.

2.3. Fontes utilizadas:

Para a elaboração desse artigo, consultaram-se livros de doutrina, artigos acadêmicos, dados de pesquisas oficiais, legislação do direito brasileiro e comparado e artigos jornalísticos.

3. A VALORAÇÃO DA COLETA E ARMAZENAGEM DE DADOS PESSOAIS, OS MÚLTIPLOS INTERESSES E CONFLITOS ENVOLVIDOS

3.1. MEIOS DE COLETA E ARMAZENAMENTO DOS DADOS PESSOAIS

De início, importante observar, brevemente, as principais formas que foram utilizadas nas últimas décadas e as que prevalecem na chamada Era Digital, para buscar, captar e armazenar dados pessoais.[2] Isso porque, apesar de ser um fenômeno em ascensão neste século, a coleta de informações pessoais, antes realizada de forma mais arcaica e rudimentar, há tempos é ferramenta utilizada e considerada sinônimo de otimização de trabalho.

Destaca-se nesse sentido, como prática bastante antiga, a realização de censos de população pelos governos das nações ao redor do mundo. O Brasil, por exemplo, promove estatísticas populacionais desde os tempos coloniais.[3]

Compõem, portanto, os censos e registros públicos, alimentados por pesquisas sociais, culturais e estatísticas, uma das formas de coleta de informações pessoais que, inclusive, muito contribuiu para o despertar quanto à importância do armazenamento de dados e posteriormente à valorização desses dados pelos setores econômicos privados, isso porque acabou por criar a chamada "cultura de estatísticas e de pesquisa de informações de cidadãos." [4]

A partir, então, da valorização das informações pessoais pelo e para o mercado de consumo, se disseminaram diversos meios de captura de dados em que aqui se destacam as pesquisas de mercado e estilo de vida; os sorteios e concursos; as transações comerciais; a comercialização de dados e tecnologias de controle virtual, como os *cookies*[5], por exemplo.

Como se sabe, esta última, isto é, a tecnologia de controle exclusivamente, através da *internet,* é, hoje, uma das principais formas de coleta de informações pessoais, entretanto, o presente estudo busca dedicar-se a um fenômeno de captura, armazenamento e uso de dados que se inicia de modo muito mais palpável, exposto e, a princípio, simplório, fora da complexidade dos algoritmos que permeiam

ISSNe 2595-1602

o mundo virtual. Apesar disto, as questões que esse tema tem permitido levantar nada tem de simplório, uma vez que não só trazem polêmicas, como relativizam direitos e colocam em xeque princípios como o da transparência/publicidade, finalidade, consentimento e a privacidade.

Nesta perspectiva se destacam as transações comerciais e em seguida a comercialização de dados pessoais, como formas de captura de informações, principalmente de pessoas físicas. O primeiro modo de captura se dá através do simples preenchimento de cadastro, pelos consumidores (em aparente consentimento) no momento em que estes demonstram interesse em obter algum produto ou adquirir algum serviço (e na maioria das vezes, de fato, o fazem), criando, assim, um registro com informações básicas do consumidor como nome; endereço; número de identidade; número de cadastro de pessoa física ou jurídica e etc. Já o segundo método se trata da forma mais obscura do processo, isto é, dados coletados por preenchimento de cadastros passam a ser comercializados e compor sistemas de armazenamentos de propriedade e destinos quase sempre incertos.

Sabendo dos fatos acimas expostos e especialmente dos dois meios de coleta destacados no presente tópico, necessário que se passe a abordar a ótica do mercado, a perspectiva do consumidor e os interesses reais dos envolvidos nas questões relacionadas à captura, armazenamento e utilização de informações pessoais obtidos através do preenchimento de cadastros, bem como a comercialização desse material.

ISSNe 2595-1602

3.2. BENEFÍCIOS AO MERCADO DE CONSUMO E INTERESSE NA OFERTA DE DADOS

A descoberta, pelo mercado de produção de bens consumíveis, do poder por trás dos dados pessoais, como explicitado, foi influenciada pela tendência tecnológica que se expande desde o final do século passado e tem ganhado muita força na última década, além da cultura de pesquisa de informações de cidadãos, criada pelos setores públicos. Todavia, a maior motivação do mercado se concentrou na necessidade de modificar seu mecanismo de atração devido à estagnação da produção em massa, como forma de sobrevivência.

Com o setor econômico cada vez mais competitivo e guinado pelo princípio da livre concorrência e, consequentemente, à beira da saturação da indústria em diversos segmentos consumeristas, os produtores e fornecedores de serviços, para não sucumbir, se viram obrigados a buscar alternativas que possibilitassem diferenciar seus produtos e/ou serviços dos demais.

Essa tendência migratória que muito tem relação com a especialização[6] flexível[7], nas últimas décadas, encontrou na captação de informações dos consumidores não só a porta para o oferecimento de produtos e serviços específicos e individualizados como também a criação e seleção de categorias de público alvo, de acordo com o perfil de consumo.

Assim, para colocar o plano em prática, a coleta de múltiplas informações sobre potenciais consumidores, seguida por seu armazenamento massivo, revelou o sucesso da nova tática de engrenagem e aquecimento do mercado de consumo. As

companhias privadas passaram a oferecer cada vez mais uma gama de produtos e serviços diferenciados, arrojados às preferências dos seus consumidores, revitalizaram a "tentação consumerista" antes abafada pela produção de massa, passaram a interagir com o público alvo, prever riscos de investimentos, minimizar prejuízos e a fidelizar sua clientela.

Como forma de atrair os potenciais consumidores, popularizar o cadastro em estabelecimentos privados e aumentar imediata e expressivamente o número de informações pessoais armazenadas, instituições privadas de todos os portes e de todos os segmentos passaram a oferecer atrativos para clientes como os clubes de vantagens; descontos especiais; programa de fidelidade, etc. Assim, os consumidores, teoricamente com consentimento, passaram a alimentar sistemas gigantescos de armazenamentos de dados, motivados pelas inúmeras vantagens oferecidas pelo mercado de consumo.

Esta é uma realidade muito palpável na sociedade brasileira. Recente pesquisa realizada por uma empresa global de *cybersegurança* apontou que 1 a cada 3 brasileiros está disposto a trocar seus dados pessoais por cupons de desconto na *internet*.[8] Não só isso, inúmeras instituições comerciais, em estabelecimentos físicos, todos os dias, recebem uma enorme quantidade de dados através de registros em seus programas de fidelidade, alimentam o sistema de informações do consumidor com seu histórico, frequência e perfil de compra.[9] Forma-se, assim, um ciclo de sucesso para o mercado de consumo.

ISSNe 2595-1602

3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM XEQUE

Tem-se até então um cenário aparentemente perfeito onde o ciclo de consumo funciona a todo o vapor e o mercado alcança seu objetivo ao mesmo tempo em que oferece aos seus consumidores o melhor dos produtos e serviços, de maneira personalizada, proporcionando a cada um uma experiência única. E não apenas isto, a coleta, armazenamento e uso de dados são feitos de forma consentida, geram benefícios para os clientes que têm a oportunidade de receber diversos descontos.

Por outro lado, os dados pessoais do consumidor, que depois de algumas compras e formação de perfil, já são aptos a formar um verdadeiro *dossiê*, alcançam uma dimensão que muito foge daquele consentimento inicial, do momento em que o indivíduo preencheu seu registro sob a promessa de um brinde, um desconto, ou o acúmulo de pontos no seu clube de fidelidade.

Tal observação traz profundos questionamentos quanto às influências, limites e parâmetros de segurança na utilização de dados. Nas palavras do doutrinador Ingo Sarlet:

> A facilidade de acesso aos dados pessoais, somada à velocidade do acesso de transmissão e do cruzamento de tais dados, potencializa as possibilidades de afetação de direitos fundamentais das pessoas, mediante

> o conhecimento e o controle de informações sobre a vida pessoal, privada e social.[10]

É importante destacar que a Constituição Federal do Brasil garante, em sua redação, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o livre desenvolvimento da personalidade, além do acesso à informação, ao mesmo tempo em que também prevê garantias quanto à liberdade de expressão, comunicação, entre outros.

Assim, quando transpostas tais garantias constitucionais para a atualidade efervescente da Era da Informação, vê-se o quão as tecnologias do mundo contemporâneo passaram a influenciar e direcionar (positiva e negativamente) os direitos fundamentais.

Em melhor explicação, na medida em que as tecnologias informacionais se expandiram expandiu-se também, por exemplo, a possibilidade do exercício da liberdade de expressão em detrimento das vias de censura, cada vez mais descontinuadas diante do massacre do fenômeno da conectividade. Em sentido oposto, o fluxo de informações pessoais interviu profundamente na exposição dos indivíduos, mitigando assim o direito à privacidade e intimidade.

Esse aspecto expõe que, em verdade, a ferramenta constitucional, de forma individual, não é suficiente para lidar com uma série de questões relacionadas aos principais fenômenos da Era Digital, como exemplo principal deste trabalho: a utilização desenfreada de dados pessoais.

Neste sentido, diante do alto impacto da informação e do descontrole da utilização de dados coletados, nítida passou a ser a necessidade de se delinear um direito à proteção desses dados, uma vez que a falta de gerência e transparência tanto na captação, armazenamento e no uso de informações pessoais colocam em risco o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, tal princípio está intimamente ligado aos direitos constitucionalmente assegurados, em que aqui se destaca a privacidade e intimidade.

A doutrina, neste ponto, afirma:

> Além da dimensão negativa do direito à proteção de dados, assume relevo(...) a circunstância de que ao Estado incumbe um dever de proteção a ser concretizado, mediante prestações normativas e fáticas, notadamente, por meio da regulação infraconstitucional dos diversos aspectos relacionados às posições jusfundamentais referidas, assegurando-lhe a devida efetividade. [11]

3.4. INCÓGNITAS POR TRÁS DO USO DE DADOS PESSOAIS - O CASO DOS CADASTROS EM FARMÁCIAS

Antes de adentrar na busca pelas soluções para impedir a violação à dignidade humana e ao direito à privacidade e intimidade, consequência da utilização desenfreada dos dados pessoais, importante analisar uma prática de captação de informações, em específico, que vem se popularizando no Brasil e dando azo à problematização apontada no curso deste estudo.

ISSNe 2595-1602

Como já visto, as instituições privadas do mercado de consumo têm como uma das grandes fontes de captação de dados as transações comerciais, isto é, procedimento que se dá através de preenchimento de registro do comprador do(s) produto(s) e/ou serviço(s) oferecido(s). Nessa esteira, destaca-se o segmento das drogarias, ou seja, fornecedoras dos mais variados tipos de medicamentos e que hoje representam um dos comércios mais populares do Brasil.

É prática cada vez mais comum, em diversas redes de farmácias presentes em todo o território brasileiro, o oferecimento de descontos nas mais variadas medicações em troca de simples informações como o nome completo, número de CPF e numeração vinculada ao plano de saúde. Ao realizar esse simples procedimento, milhares, quiçá, milhões de consumidores são beneficiados com um grande desconto no medicamente de que necessitam e ainda passam a receber ofertas exclusivas, diariamente.

A dúvida que paira sobre esta prática é se seria a fidelização do cliente o principal interesse das farmácias na captação de dados. Isso porque, feita a coleta através do cadastro, não se tem conhecimento de como são tratados e armazenados e por onde circulam esses dados.

Há, de fato, uma completa falta de transparência na coleta de dados realizada pelas farmácias. Os perigos que circundam esta questão estão no tipo de informação e registro de compra armazenado nestes cadastros, ou seja, uma lista de medicamentos comprados ao longo dos meses, bem como a frequência de compra, o que proporciona o monitoramento do histórico de saúde do consumidor. Tal observação é ainda mais alarmante quando se sabe que o número vinculado ao plano de saúde também é solicitado para compor o cadastro do cliente.

A falta de informações quanto à destinação dos dados coletados pelos sistemas de drogarias de todo o país e a preocupação em torno do histórico de compra de medicamentos fez com que Ministério Público do Distrito Federal abrisse investigação para apurar o repasse de dados pessoais de clientes à outras instituições privadas (comercialização de dados).

Segundo matéria jornalística "a suspeita é que informações como o histórico e a frequência de compra de remédios possam ser usadas sem o consentimento dos consumidores para planos de saúde e empresas de avaliação de crédito."[12]

Para melhor esclarecer o grande receio por trás da venda desse tipo de dado, basta imaginar uma situação hipotética em que um indivíduo sofrendo de uma doença terminal tem seus histórico farmacêutico vendido à instituição de análise de crédito, que, constata o estado clínico do consumidor e faz uma classificação de baixa probabilidade de pagamento de dívidas associadas à seu nome e no CPF. Evidente que, mesmo sendo pessoa adimplente, sem cadastros negativos de crédito, o indivíduo não conseguiria, caso precisasse, qualquer financiamento de crédito, uma vez que as instituições financeiras, graças à informação do cadastro farmacêutico conseguiriam minimizar o risco inerente às atividades empresárias e negar a quantia solicitada.

Este é apenas um exemplo de infinitas possibilidades e perigos atribuídos ao repasse de informações de saúde. É, além disso, mais um indício dos gravosos

ISSNe 2595-1602

efeitos da violação da privacidade e da necessidade de regulamentação da proteção de informações pessoais. Sendo assim, portanto, a abordagem do próximo capítulo.

4. SOLUÇÕES PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO EUROPEU E NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. PRIMEIROS PASSOS NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: CONVENÇÃO DE STRASBOURG DE 1981 E DIRETIVA 95/46/CE

A discussão relativa à proteção de dados pessoais na sociedade da informação, levando em conta a importância da utilização de tais dados e os potenciais riscos à privacidade dos indivíduos não é recente. Na Europa, a Convenção 108 do Conselho da Europa, de 1981, já versava sobre o tema, definindo dados pessoais e o escopo de sua proteção.

No referido tratado, são estipulados os princípios básicos para a proteção de dados, a serem positivados por cada Estado-parte do documento. Dentre eles, destacam-se os relativos à qualidade dos dados, como o dever de obtenção leal e lícita, da vinculação de sua utilização a finalidades determinadas, de exatidão, atualização, e de armazenamento por tempo preestabelecido.

A Convenção também traz a definição de dados sensíveis em seu art. 6º: são aqueles *"que revelem a origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras, bem como os dados de carácter pessoal relativos à saúde ou à vida sexual"*, além de eventuais condenações criminais. Esses dados, segundo o documento, devem ser de coleta e utilização restrita, sendo imprescindível sua garantia pelos Estados-partes.

Igualmente, é assegurado, na Convenção, o direito de acesso à informação, pelos indivíduos, quanto à finalidade do tratamento de seus dados pessoais, seu conteúdo, assim como quanto à identidade e localização do responsável pela sua utilização. Da mesma forma, se garante o direito à retificação ou supressão de tais dados, mediante pedido do titular. Desse tratado, consta ainda a previsão genérica de sanções a serem previstas no ordenamento interno de cada Estado-parte relativas à violação dos dispositivos do documento.

Já em 1995, o Conselho da União Europeia aprovou a Diretiva 95/46/CE, que admite a importância do tratamento e transmissão de dados pessoais no novo contexto global, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade da preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos nesse processo. Desse modo, a Diretiva visa a igualar, entre os Estados-Membros da União Europeia, os mecanismos de proteção aos dados pessoais, para que a sua transmissão seja facilitada no contexto de negociações internacionais.

Quanto aos dados pessoais sensíveis, a Diretiva é mais clara quanto às hipóteses em que é permitido seu tratamento, notadamente quando há consentimento, interesse vital do titular ou de terceiro, além das situações em que esses dados forem necessários para o cumprimento de obrigações e direitos relativos ao titular no âmbito da legislação do trabalho. Também é permitida sua utilização em casos de prevalência do interesse público, desde que haja as correspondentes garantias a essas derrogações no direito nacional.

ISSNe 2595-1602

A Diretiva traz, ainda, disposições relativas ao direito de informação quanto ao tratamento dos dados pessoais, bem como à segurança. Além disso, o documento prevê a responsabilidade civil do "responsável pelo tratamento" pelos prejuízos causados aos titulares dos dados em sua utilização (Artigo 23). Por fim, é criada a figura da Autoridade de Controle dos Dados Pessoais, que é a responsável, em cada Estado-Membro, pela fiscalização da aplicação da Diretiva (Artigo 28).

Em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagrou, em seu art. 8º, o direito à proteção dos dados pessoais.

4.2. O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA ALEMANHA

O Tribunal Federal Constitucional Alemão ("*BVerGE*") extraiu do art. 2 (1) e do art. 1 (1) da Lei Fundamental de Bonn, que consagram o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à proteção dos dados pessoais. No julgamento da constitucionalidade da Lei do Censo de 1983, o *BVerGE* decidiu que o indivíduo tem o direito de decidir quando, e dentro de que limites, fatos pessoais serão revelados. Trata-se da chamada "autodeterminação informativa", que exige, para a coleta de dados pessoais, que seja informada a sua finalidade, a fim de que seja dado livre consentimento pelo particular.

Essa dinâmica vale até mesmo para coletas de dados para fins de interesse público, apesar da presunção da supremacia deste sobre o privado – como ocorre com os dados estatísticos. Nessa hipótese, é necessário que se garanta não a vinculação prévia do uso dos dados, mas que sejam obedecidos critérios procedimentais. No que diz respeito aos dados sensíveis especificamente, é importante que estes sejam despersonalizados já no momento da coleta, para que não se corra o risco de se causar danos como a discriminação social do indivíduo. Também é importante a preservação do sigilo dos dados enquanto for possível a identificação da pessoa.

Assim, nota-se que, no direito alemão, o livre desenvolvimento da personalidade engloba tanto as decisões morais e existenciais do indivíduo, na dimensão interior do conceito, como a proteção geral de sua liberdade e das liberdades específicas, na dimensão exterior do conceito[13].

> "Daí resulta: o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Essa proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar, em princípio [só] ele mesmo, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais[14]".

4.3. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESAS QUANTO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Em Portugal, a proteção dos dados pessoais é direito consagrado no art. 35 da Constituição de 1976[15]. Em 1994, foi criada a autoridade de proteção de dados portuguesa, a CNDP (Comissão Nacional de Protecção de Dados), que passou a figurar no texto constitucional em 1997, para permitir a internalização da Diretiva

ISSNe 2595-1602

95/46/CE em Portugal. Em 1998, foi editada a Lei de Proteção de Dados Portuguesa (nº 67/98), que orienta desde então as decisões da CNDP e dos tribunais administrativos quanto à coleta, armazenamento e proteção de dados.

Há diversas leis específicas que formam o arcabouço protetivo dos dados pessoais em Portugal, aplicáveis ao ramo das telecomunicações, trabalho, vigilância e crimes virtuais, por exemplo. Relativamente aos dados de saúde dos indivíduos, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Administrativo português, que manteve a decisão da CNDP de indeferir o pedido de autorização da Associação Nacional de Farmácias (ANF) para a criação do *Sifarma 2000*. Tratava-se de sistema que tinha como objetivo melhorar a atuação comercial das farmácias, mediante o armazenamento do histórico médico dos clientes.

O Tribunal Central Administrativo, em 2002, em decisão confirmada pelo STA em 2006, interpretou o art. 7º, §4º, da Lei 67/98[16], para entender que a criação do *Sifarma 2000* não atendia ao critério da necessidade exigido pela lei. Segundo o tribunal, a mera otimização dos serviços não bastava para a legitimação da coleta, armazenamento e tratamento de dados pelas farmácias[17].

4.4. REGRAMENTO ATUAL DA UNIÃO EUROPEIA: O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD)

Em 2016, a União Europeia aprovou o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (RGPD), que trouxe novas regras para a proteção de dados pessoais nos Estados-Membros, revogando a Diretiva 95/46/CE. Seu objetivo é detalhar, de forma mais consistente, o direito à proteção dos dados pessoais e suas eventuais exceções, de forma a uniformizar o tratamento da questão nos Estados da União Europeia e permitir a livre circulação dos dados.

No art. 6º do RGPD, são elencadas as hipóteses em que será permitido o tratamento dos dados pessoais, destacando-se a necessidade do consentimento do titular. O consentimento não se trata da única condição que pode ser preenchida para o tratamento de dados pessoais, mas as demais cinco opções se referem expressamente à *necessidade* de sua utilização pelo responsável[18].

Nesse ponto, cabe notar a aplicabilidade do art. 6º, n. 1, “a”, aos chamados “programas de fidelidade” utilizados pelas empresas. Com efeito, o RGPD trouxe requisitos mais rígidos de verificação do consentimento pelo titular dos dados (art. 7º, RGPD), dos quais faz-se notar a necessidade de informação, no momento da obtenção dos dados, da identidade do responsável, da finalidade do tratamento, se os dados serão compartilhados, entre outros (art. 13, n. 1, RGPD).

No que diz respeito à atuação das farmácias, pode-se depreender, da leitura do art. 4º, n. 25, e do art. 9º do RGPD, que os dados por elas coletados se encaixam na definição de “dados relativos à saúde”, que são dados pessoais sensíveis. Nesse sentido, há maior limitação a seu tratamento, que só é permitido caso haja regulamentação interna em cada Estado-membro (art. 9º, n. 2, “h”).

Ainda, foram ampliados os direitos do titular dos dados – para além da possibilidade de acesso, retificação e supressão. Um dos que se destaca é o direito à proteção dos dados desde a sua concepção – que exige que a “pseudonimização” seja feita o quanto antes (art. 25). Além disso, o RGPD também ampliou a competência da Autoridade de Proteção de Dados (APD). Agora, essa instituição é a

ISSNe 2595-1602

responsável pela apreciação das reclamações realizadas pelos indivíduos e violações ao Regulamento ocorridas em seu Estado-Sede.

Por fim, o RGPD inovou ao prever explicitamente, além de indenização aos titulares que sofrerem danos em virtude de violações, sanção para aqueles que descumprirem suas normas. No art. 83, são estipuladas multas que podem ir até EUR 20.000.000,00 ou 4% do faturamento da empresa.

Desse modo, percebe-se que a União Europeia compreendeu a importância do equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico e a necessidade de proteção à privacidade, sendo o RGPD o instrumento contemporâneo base para que outros países elaborem sua própria legislação de dados pessoais.

4.5. MECANISMOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, não há previsão expressa na Constituição quanto a um direito fundamental à proteção de dados pessoais. Apesar disso, a Prof.ª Laura Schertel Mendes defende que, do direito fundamental processual ao acesso e retificação de informações constantes de bancos de dados públicos (*habeas data* – art. 5º, LXXII, CF/88[19]), pode-se identificar a guarida constitucional conferida a tal direito[20].

Ingo Sarlet, por sua vez, identifica o direito à proteção dos dados pessoais no direito à privacidade e no do livre desenvolvimento da personalidade – aproximando-se da visão do direito alemão. Segundo o autor, o âmbito de proteção do direito abrange as seguintes situações:

> (a) o direito ao acesso e ao conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos ou privados; (b) o direito ao não conhecimento, tratamento e utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros, aqui incluído um direito de sigilo quanto aos dados pessoais; (c) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; (d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e da eventual utilização dos dados; (e) o direito à retificação e, a depender do caso, à exclusão de dados pessoais armazenados em bancos de dados[21]

Quanto aos limites a que se pode sujeitar o direito, o doutrinador defende a aplicação dos postulados da proporcionalidade para verificar se aquela possível restrição é válida. Nesse ponto, entende oportuna a classificação dos dados sensíveis, que estariam ainda mais infensos a intervenções.

Na esteira da criação do Marco Civil da Internet no Brasil (lei 12.965/14) e da edição do RGPD, foi promulgada a lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados do país. A LGPD consagrou os princípios já identificados pela doutrina, a saber: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, e responsabilização e prestação de contas (art. 6º, LGPD).

Para o objetivo desse trabalho, das várias inovações que a LGPD trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a relativa ao tratamento dos dados pessoais sensíveis. Sua definição acompanha a do RGPD[22], englobando os dados referentes à saúde, mas a lei brasileira permite seu tratamento, se houver consentimento específico e destacado do titular, para finalidades específicas. Dessa

ISSNe 2595-1602

disposição, extraem-se os princípios da finalidade e da transparência, já que é dever do agente de tratamento informar previamente ao titular dos dados o objetivo da sua obtenção.

Também se enfatiza a posterior alteração da LGPD pela MP 869/2018, já aprovada pelo Congresso Nacional, pendente apenas de sanção pelo Presidente da República, que restringiu a utilização de dados referentes à saúde para fins comerciais:

> LGPD, art. 11, §4º. É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 869, de 2018)
>
> I - portabilidade de dados quando consentido pelo titular; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 869, de 2018)
>
> II - necessidade de comunicação para a adequada prestação de serviços de saúde suplementar.

Desse modo, a coleta de dados pessoais nas farmácias encontra obstáculos legais no Brasil. O primeiro diz respeito à necessidade de consentimento do titular, que deve ser informado, no momento da coleta, quanto ao objetivo de seu tratamento. Já o segundo se refere à restrição acima apontada, que torna ilícita a transferência de dados, pelos controladores, para fins de obter vantagens econômicas – nas quais se incluem o *marketing* e a identificação de perfis de consumo.

Considerando que o art. 43 da lei nº 13.709/18 assegura o direito à indenização aos titulares que sofram violações oriundas do descumprimento das obrigações legais pelos agentes de tratamento, entende-se que há espaço, na legislação brasileira, para a responsabilização de farmácias que forneçam os dados pessoais obtidos em sua atividade para outros agentes econômicos.

ISSNe 2595-1602

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tratou das questões concernentes à captação, armazenamento e utilização de dados pessoais, em panorama global, destacando as incertezas quanto ao destino das informações apreendidas e funcionamento do sistema de alimentação de cadastros de pessoais. Através de uma contextualização do movimento migratório do mercado de consumo para a Era Digital, trouxe à tona as principais preocupações, conflitos e o apontamento de riscos de violação das garantias fundamentais previstas na Carta Magna Brasileira.

Além disso, buscou demonstrar a aplicação e efetivação de um direito à proteção de dados no âmbito nacional e internacional, através do direito comparado. Assim, explanou não só as influências da regulamentação de outros países do mundo como também os principais objetivos da mais recente legislação brasileira quanto à proteção das informações pessoais.

Desse modo, este estudo busca provocar reflexões quanto ao crescimento e os limites da utilização de dados e despertar para a importância da regulamentação

das práticas de coleta, armazenamento e uso de dados, bem como da proteção à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CELESTE, José Luiz - "Especialização Flexível: Uma alternativa promissora para o desenvolvimento econômico de regiões subdesenvolvidas", in Revista de Administração de Empresas, São Paulo, 1993.

MACEDO, JR. Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

MENDES, Laura Schertel – *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional.5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01.06.2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm> Acesso em 01.06.2019.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em < https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx > Acesso em 30.05.2019.

ISSNe 2595-1602

PORTUGAL. Lei nº 67, de 26 de outubro de 1998. Lei da Protecção de Dados Pessoais (transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.o 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados). Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/LPD.pdf > Acesso em 30.05.2019.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE PORTUGAL, julgamento em 29.03.2006, Processo nº 857/02. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/juris/112416.pdf> Acesso em 25.05.2019.

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO DE PORTUGAL, julgamento em 24. Jan. 2002, Recurso Contencioso nº 3023/99. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/juris/decisoes/rc-24-1-02.pdf> Acesso em 25.05.2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt#d1e2012-1-1> Acesso em 01.06.2019.

"A distopia do 'me fala o CPF' nas farmácias do Brasil." <https://www.vice.com/pt_br/article/9kzbx5/por-que-farmacias-insistem-para-ter-seu-cpf> Acesso em: 22.05.2019

"Do CPF na farmácia às redes: como nova lei protegerá seus dados pessoais." <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/11/politica/1531325313_478217.html> Acesso em: 22.05.2019

"MP investiga se farmácias repassam dados de clientes a planos de saúde." <https://veja.abril.com.br/economia/mp-investiga-se-farmacias-repassam-dados-de-clientes-a-planos-de-saude/>. Acesso em: 22.05.2019

"2 Censos demográficos. Recenseamentos Gerais e estatísticas populacionais no Brasil." <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/historicos-dos-censos/censos-demograficos.html > Acesso em: 26.05.2019.

"540 milhões de dados de usuários do Facebook ficam expostos em servidores da Amazon". <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/04/04/dados-de-540-milhoes-de-usuarios-do-facebook-ficam-expostos-em-servidor.ghtml> Acesso em 01.06.2019.

ISSNe 2595-1602

[1] *"540 milhões de dados de usuários do Facebook ficam expostos em servidores da Amazon"*. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/04/04/dados-de-540-milhoes-de-usuarios-do-facebook-ficam-expostos-em-servidor.ghtml> Acesso em 01.06.2019.

[2] Com relação ao conceito de dados pessoais, pode-se dizer que são os fatos, comunicações e ações que se referem a circunstâncias pessoais ou materiais de um indivíduo identificado ou identificável. Nesse sentido, cabe mencionar a definição presente na Diretiva Europeia 95/46/CE em seu art. 2°, que conceitua dados pessoais como "qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável". MENDES, Laura Schertel – *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014,p.56.

[3] Não obstante ser o Brasil um País com modesta tradição estatística, é certo que, desde os tempos coloniais, realiza censos de população, hoje, mais do que no passado, com objetivos muito bem definidos.(...)No juízo de Joaquim Norberto, o inquérito realizado pelo Conselheiro Antônio Rodrigues de Oliveira, em 1819, foi, todavia, o primeiro censo de população realizado no País, pela sua aproximação da verdade, pelo possível esmero de sua organização e pela fé que nele se pode depositar. Esse inquérito foi realizado após a elevação da colônia à categoria de reino, quando, pela resolução de 24 de junho de 1818, foi determinado o reestudo da divisão dos antigos bispados e a criação dos que mais necessários parecessem. Em *2.1. Recenseamentos Gerais e estatísticas populacionais no Brasil. Estatísticas de população pré-1870.* Disponível em: <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/historicos-dos-censos/censos-demograficos.html> Acesso em: 26.05.2019.

[4] O governo teve um papel importante para o desenvolvimento da economia da informação ao criar a cultura de estatística e de pesquisa de informações dos cidadãos(...). MENDES, Laura Schertel – *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.98.

[5] Cookie: definição - Um pequeno arquivo que é salvo no computador das pessoas para ajudar a armazenar as preferências e outras informações usadas nas páginas da Web que elas visitam.
Os cookies podem salvar as configurações das pessoas em determinados websites e, às vezes, podem ser usados para acompanhar como os visitantes chegam aos websites e interagem com eles. Disponível em: < https://support.google.com/google-ads/answer/2407785?hl=pt-BR> Acesso em: 26.05.2019.

[6] Lato sensu, a EF significa uma inovação no processo produtivo e uma estratégia de fast product, isto é, entrega imediata do produto para minimizar o nível de estoque. Esta definição, por sua vez, subentende "sucesso" em seus termos. CELESTE, José Luiz - "Especialização Flexível: Uma alternativa promissora para o desenvolvimento econômico de regiões subdesenvolvidas", in Revista de Administração de Empresas, São Paulo, 1993, p.35.

[7] A estratégia de especialização flexível visa fundamentalmente obter vantagens de mercado, oferecendo um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por um serviço único. A oferta de um bem único permite a criação de um nicho, o que, por sua vez, permite a manutenção de alto grau de lucratividade e estabilidade comercial. MACEDO, JR. Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor, p. 103.

[8]Disponível em <https://www.kaspersky.com.br/blog/dia-consumidor-dicas-seguranca/11506/> Acesso em: 29.05.2019.

[9] Os dados de transações comerciais também podem ser obtidos por meio dos cartões de fidelidade, que hoje se multiplicam em supermercados, farmácias e lojas diversas, possibilitando cada vez mais o conhecimento do comportamento do consumidor. Como exemplo, os dados armazenados nesse tipo de cartão ao se comprar em um supermercado permitem conhecer o seu endereço e perceber a frequência com que o consumidor faz compras, em que dia ele prefere fazê-lo, se tem crianças ou não, quais os seus produtos e marcas preferidos. Nesse sentido, fica claro que, com essas informações, o supermercado poderá segmentar a sua oferta, enquanto o consumidor poderá receber ofertas e promoções de seu interesse. MENDES, Laura Schertel – *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*, cit., p.97.

[10] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2016, p.468.

[11] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2016, p.470

[12] Disponível em <https://veja.abril.com.br/economia/mp-investiga-se-farmacias-repassam-dados-de-clientes-a-planos-de-saude/ >. Acesso em: 22.05.2019.

[13] MENDES, Laura Schertel – *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.175.

[14] BVerfGE 65, 1 (*Volkszählung*). *Reclamação Constitucional contra Ato Normativo;* 15.12.1983. MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão : decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016, p. 58.

ISSNe 2595-1602

[15] Constituição de Portugal, Artigo 35º. Utilização da Informática. 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos previstos na lei.

[16]Portugal, Lei nº 67/98 Art. 7º, §4º. O tratamento dos dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos, é permitido quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento desses dados seja efectuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, seja notificado à CNPD, nos termos do artigo 27.o , e sejam garantidas medidas adequadas de segurança da informação.

[17] Tribunal Central Administrativo de Portugal, julgamento em 24. Jan. 2002, Recurso Contencioso nº 3023/99. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/juris/decisoes/rc-24-1-02.pdf> Acesso em 25.05.2019.
Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, julgamento em 29.03.2006, Processo nº 857/02. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/juris/112416.pdf> Acesso em 25.05.2019.

[18] RGPD, Art. 6º, 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

[19] Brasil, Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

[20] MENDES, Laura Schertel – *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.169-174.

[21] SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 470.

[22] Brasil, Lei nº 13.709/2018, art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se: II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

ISSNe 2595-1602

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DOS DESASTRES AMBIENTAIS

Maiquele de Carvalho Silva[1]

Pryscilla Ellen Feitosa Moura[2]

RESUMO

O presente artigo versa sobre a responsabilidade civil frente ao desastre ambiental ocorrido em Brumadinho-MG, em decorrência da imprudência das grandes indústrias que se obstem a cumprir as regularidades legais exigidas, como também, se ausentam de preocupação frente aos impactos negativos que os mesmos causam ao meio ambiente, violando princípios da Constituição Cidadã. Analisaremos o contexto histórico da substituição da agricultura primária pelo uso das maquinas no período da Revolução Industrial, bem como seus efeitos no período atual do Brasil. Verificaremos também, o surgimento de novas leis para suprir lacunas no ordenamento que não tratavam da Responsabilidade Civil do Dano Ambiental. A despeito disso, apresentaremos a evolução histórica da "Culpa", como pressuposto necessário para a responsabilização Civil. E, por fim, trataremos das primeiras codificações e o surgimento da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Palavras-chave: Código Civil, Responsabilidade Civil, Dano Ambiental.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda em Direito da IUESO - Instituto Unificado de Ensino Superior Objetivo. E-mail: maikellydecarvalho@gmail.com

[2] Graduanda em Direito da IUESO- Instituto de Ensino Superior Objetivo. Estagiária de direito da Advocacia Geral da União. E-mail: pryscillaellen@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Em meados do século XVIII surge a Revolução Industrial, que foi um movimento de grandes modificações econômicas sociais que se iniciou na Inglaterra. A principal característica dessa revolução foi a alteração do trabalho artesanal pelo assalariado e com o uso de maquinismo. Tal revolução trouxe graves problemas para o meio ambiente, uma vez que nesse período se iniciou uma vasta exploração de minério para o favorecimento da Inglaterra. A exploração da terra, se dava em virtude do processo de desenvolvimento industrial. A indústria por sua vez, somente se preocupava com o lucro econômico na qual a utilização de combustíveis fósseis em larga escala trouxeram uma série de consequências, que podem ser descritas como resultado de um processo de crescimento descontrolado capaz de, eventualmente, destruir a biosfera. Em pouco tempo, o homem se tornou capaz de produzir mais do que o necessário para sobreviver. O carvão foi a principal fonte de energia utilizada. Um dos efeitos da Revolução foi que a proletarização abriu espaço para o investimento de capital na agricultura, do que resultaram a especialização da produção, o avanço técnico e o crescimento da produtividade de produtos agrícolas mais voltados a atender ao consumismo crescente, apresentando ao mundo uma nova forma de fabricar produtos. Atrela-se a isso, o incremento da produção em série que deixou à mostra a fragilidade do homem na competição desleal com a máquina; ao lado dos lucros crescentes e da expansão capitalista que aumentavam paradoxalmente a miséria, ó número de doentes e mutilados, dos órfãos e das viúvas, nos sombrios ambientes de trabalho. Contando com o instinto de sobrevivência ou até mesmo com a sorte, cabia ao próprio trabalhador velar pela sua proteção perante a um ambiente de trabalho insultuoso e inseguro, porque as engrenagens aceleradas e expostas das engenhocas de então estavam acima da saúde ou da vida ‘‘desprezível” do operário. Segundo as concepções da época, os acidentes, as lesões e as enfermidades eram produtos da atividade empresarial e a prevenção era incumbência do próprio funcionário.

Partindo desse pressuposto surge a situação atual do Brasil, que enraizada nos fatos históricos passa a ser comparada com Brumadinho - Minas Gerais, em um cenário de tristeza, descaso humano e exploração da natureza de forma desenfreada, tudo em prol do capitalismo. A de se destacar que no período industrial pouco ou quase nulo se falava em direitos humanos e meio ambiente na sociedade. O que não se pode afirmar no cenário contemporâneo da República Federativa do Brasil, onde são fundamentos primordiais da Constituição de 1988 a Dignidade da pessoa humana. O reconhecimento dos direitos humanos que foi aprovado em Paris, cujo teor enuncia princípios que devem iluminar a elaboração e aplicação das normas jurídicas, além da exaltação do direito à vida, à liberdade e à dignidade humana ressalta no art. XXIII que “ todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis ao trabalho”, o art. XXV assegura que “todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar...”.

ISSNe 2595-1602

FUNÇÃO DO ESTADO

Atualmente é clara a percepção de poder da sociedade moderna em alterar o ambiente econômico, social e da natureza, estas rápidas mudanças do último século resultaram em muitos problemas como resultado de todo poder destrutivo e insustentável dos sistemas de produção e consumo, além do não cumprimento das exigências legais. É função essencial do Estado Brasileiro garantir o cumprimento dos direitos declarados. Com o aumento crescente da população e a necessidade de cada dia produzir mais e mais, as indústrias exploram sem controle os recursos materiais disponíveis no ambiente, buscando seus lucros e sua expansão, criando um consumismo sem controle, devastando tudo a volta como ocorreu em Brumadinho-MG. É necessário que o Estado aumente a fiscalização do funcionamento dessas empresas mineradoras, que ocultam dados valiosos sobre como está a atual situação das barreiras, se há riscos de desabamento, se há como prevenir uma tragédia ambiental, se está funcionando todos os mecanismos de alerta para uma catástrofe e principalmente é necessário que o Estado escute os cidadãos moradores em torno dessas localidades de risco e aplique suas exigências, pois quem melhor para conhecer a região , senão a própria população, que por vezes acha que não tem direito contra a situação em que se encontra, mas a regra geral é que todo direito têm respaldo de uma ação que o assegura, como prevê o art.75 do Código Civil Brasileiro. Ainda que haja dúvida sobre a existência do direito, que haja obscuridade sobre o preceito abrangido pela incidência da norma jurídica, é possível acionar a jurisdição para obter o pronunciamento a respeito. A inércia ou a conformação com os direitos violados retarda o progresso jurídico e fortalece os transgressores, tornando letra morta as conquistas insculpidas nos diplomas legais. E, não obstante a isso que se crie exigências mais severas para empresas como a Vale para que não coloquem em situação de vulnerabilidade a vida humana da população e tão pouco o meio ambiente.

ISSNe 2595-1602

EFEITOS DAS IMPRUDÊNCIA

Desde a época evolutiva da “saúde do trabalhador” iniciada por volta de 1970, observamos a participação ativa do trabalhador reivindicando condições saudáveis de trabalho, bem como o enfoque diferente da avaliação do ambiente de trabalho como um todo, e não como mera soma de fatores independentes. No ambiente de trabalho e, mais especificamente, no posto de trabalho, observa-se a presença simultânea de diversos riscos e agressões que afetam a integridade física do trabalhador. Essa etapa continua em processamento e agora com maior intensidade, enriquecida com novas ideias, avançando na direção da qualidade de vida do trabalhador, dentro e fora do local de trabalho. Nos últimos tempos, duas novas tendências estão ganhando espaço destacado: a preocupação com o meio ambiente vital e a busca da qualidade no sentindo amplo. O art.225 da Constituição da República de 1988 captou esses movimentos e estabeleceu:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao

Poder Público e a coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Partindo dessa análise, é indiscutível a afirmação que a Mineradora Vale S.A, violou tal princípio expresso na Constituição Federal, uma vez que feriu a natureza, prejudicando tanto o meio ambiente como a sociedade atual e as futuras gerações. O que dizer do Rio Paraopeba, um dos importantes afluentes do Rio São Francisco e que garante o abastecimento de 2,3 milhões de pessoas, incluindo habitantes da Região Metropolitana de Belo Horizonte, tornou-se um "rio morto", sem condição de vida aquática e do uso da água pela população. Conforme dados informativos da ONG, em toda a extensão percorrida, a água não tem condições para o uso humano e nem animal. Dos 22 pontos analisados, dez demonstraram resultado ruim e doze péssimos.

A Vale por ser uma empresa multinacional e uma das maiores operadoras de logísticas do país e uma das maiores empresas de mineração do mundo deveria ter se pautado principalmente na prevenção e preservação da comunidade afetada e no ciclo ecológico que foi devastado principalmente por ser uma região abundante em água que abastece o segundo rio mais importante do Brasil, o rio São Francisco que hoje está em crise de seca e poluição terá ainda mais prejuízos, pois no Rio Paraopeba que é o seu principal afluente foram encontrados metais pesados na água, como ferro, manganês, cobre e cromo, em níveis muito acima dos limites máximos fixados na legislação e que desaguaram no "Velho Chico". Ainda conforme o apuração da Fundação SOS Mata, foram devastados pela lama rejeitos 112 hectares de florestas nativas, dos quais 55 hectares situados em áreas que, até então, eram bem preservadas. Além disso matérias presentes no material da barragem rompida podem causar problemas de saúde para as pessoas que moram ao redor do rio ou que foram atingidas pelas substâncias toxicas. Um dos sintomas do ferro são sequelas gastrointestinais, como diarreia, náuseas, vômitos, sangramento e redução da urina. O manganês pode levar a infertilidade; a redução do crescimento; distúrbios do esqueleto; aterosclerose e disfunção pancreática.

Uma vez constatada a responsabilidade, caberá ao Judiciário a avaliação do montante da indenização devida a cada caso. Ao contrário do que se tem dito em alguns canais informativos da mídia, as reparações não estão limitadas a cinquenta salários de cada trabalhador vitimado. Isso porque a limitação, que de fato foi trazida pela lei 13.467/17, restringe-se ao dano extrapatrimonial (no caso, os danos morais decorrentes do evento), não alcançando os danos patrimoniais (como, por exemplo, eventual pensão vitalícia deferida às famílias dos trabalhadores mortos em razão do lucro cessante materializado pelos salários que deixarão de ser pagos).Em matéria de dano moral, o valor da indenização há de ser suficiente tanto para facilitar a que o ofendido obtenha lenitivos para sua dor, não pela qualificação em termos materiais, como também porque, mercê da indenização respectiva, poderá cerca-se de condições de sobrevivência mais compatíveis com sua dignidade de pessoa humana, tornando-se a mais apta ao enfrentamento diuturno de sua

ISSNe 2595-1602

deficiência. Além disso, tal condenação tem efeito pedagógico, no sentindo de tonar a sociedade mais humana, colocando-a sob a égide dos princípios éticos impedientes e dissuasivos de condutas quais a que teve a ré. Além da indenização por danos materiais e morais, pode ser cabível também a indenização por dano estético para as vítimas que sobreviveram na tragédia e tiveram danos estéticos no corpo, quando a lesão comprometeu a harmonia física da vítima. Não se trata a rigor de um terceiro gênero de danos, mas de uma especificidade destacada do dano moral.

Simultaneamente às ações individualmente que foram ajuizadas ou as que ainda serão, correrão ações civis de natureza pública por meio das quais se verificará responsabilidades e danos morais coletivos, reversíveis não aos parentes das vítimas, mas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador ou outras entidades similares. De início, é importante ressaltar que a "culpa" que a opinião pública atribui à empresa pode se mostrar insignificante. Isso porque é existente a possibilidade de se considerar que a responsabilidade civil para o caso de laboração à beira de barragens em mineração seja uma atividade de risco, o que induz a modalidade objetiva da responsabilidade civil, tornando prescindível a aferição da culpa. Tal hipótese se mostra relevante após o ocorrido em Mariana/MG, quando se demostrou a possibilidade de ocorrência de acidentes em barragens de rejeitos de minérios.

ISSNe 2595-1602

O que muitos questionam é sobre o **Decreto 8.572/15, assinado pela ex-presidente Dilma Rousseff, que considerou como natural o desastre decorrente do rompimento de barragens, se ele pode afastar a responsabilidade da Vale.** O objetivo desse decreto foi regulamentar o artigo 20, XVI da Lei 8.036/90, de modo a permitir a liberação de recursos do FGTS para pessoas atingidas pelo rompimento de barragens. Ademais, um decreto não pode afastar regra legal (artigo 14, parágrafo 1º da Lei 6.938/81), tampouco revogar dispositivo da Constituição Federal (artigo 225, parágrafo 3º). Fazendo assim ocorrer uma confusão de interpretação. Muito se divulgou na mídia a notícia de que o decreto assinado pela ex-presidente após a tragédia de Mariana (outro barragem rompida) serviria para desviar a responsabilização pelo incidente, tal informação nada mais é que falsa. A partir de 2015, o rompimento de barragens passou a ser equiparado a "desastre natural" somente nas situações em que vítimas precisem movimentar recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, assim como já foi explicado nas linhas anteriores. Além disso, a própria constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art.170, VI). Mesmo com tudo isso, é de se entender que essa ordem econômica em prol unicamente de progresso não se preocupou com a preservação da natureza e nem tampouco com a população humana atingida pelo rompimento da barragem, simplesmente por carregarem um psique social da qual o capitalismo é superior a qualquer impasse que venha a aparecer. O empecilho da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que seu desgaste passa a assustar não só o bem-estar, mas a condição de vida, senão a própria sobrevivência do ser humano. A venda da vida e

dos minérios não se justifica por preço algum. Para as empresas, principalmente as de grande porte, a vida humana tem, certamente, uma serventia econômica. É um capital que produz. Porém a vida do indivíduo possui também brio e um valor espiritual incalculável, que não se pode pagar com toda verba do mundo. Nisto consiste, sobretudo, o valor da preservação, em que se evita a perda insanável do pai, do cônjuge, do filho; por último, daquele que sustenta o lar proletário, e que rege os destinos de seu lar. Nenhum progresso compensa a degradação ambiental e a violação da Vida humana de uma forma tão repulsiva e inadmissível, nos levando a crê que a melhora na legislação não está sendo acompanhada pela mudança do comportamento social das grandes empresas do Brasil.

Outro artigo a ser retratado é o 1 da Constituição de 1988, na qual o trabalho foi considerado como um dos fundamentos da República, um valor social, ao lado da soberania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político. Como tal fundamento positivado no primeiro artigo da Constituição não é seguido à risca? Só podemos supor que a realidade no Brasil ainda está muito distante do proposito da legislação. Contudo, o País parece esquecer sua ratificação na Convenção n.155 da OIT que consagrou a antiga reivindicação do movimento sindical: diante de perigo grave e iminente para a vida, o trabalhador pode interromper a prestação de serviço. O artigo 19, ainda assegura;

> *"O trabalhador informará imediatamente o seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que, a seu ver e por motivos razoáveis, envolva um perigo iminente e grave para a sua vida. "*

ISSNe 2595-1602

BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE

Encontra-se o significado da palavra "Responsabilidade " no dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas da seguinte forma:

> *"RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de respondere, n. acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Relação jurídica derivada de uma obrigação (relação jurídica originária) em caso de não ser espontaneamente cumprida pelo devedor. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela*
>
> *acarreta a indenização do dano causado[1]"*

Como podemos analisar é um dever de assumir os resultados jurídicos de algum fato. Trazendo essa definição para o âmbito do direito civil que podemos dizer que é o dever de responsabilizar o agente por ato ilícito e prejudicar alguém, violando assim as normas jurídicas. Nos primórdios da humanidade a origem do tema está relacionado ao Instituto da vingança privada que segundo Alvino Lima era " forma punitiva, selvagem talvez, mais humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido, solução comum a todos os povos nas suas origens para a separação do mal pelo Mal". Nessa época não se levava em consideração a culpa, somente o dano efetivamente sofrido por outrem para acarretar " a reação imediata, instintiva e brutal

do ofendido.[3] Nessa etapa o estado somente a função de declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, para produzir no ofensor um dano idêntico ao que experimentou (Diniz).

Posteriormente a esse período temos a etapa da composição, segundo Alvino Lima a vingança é substituída pela composição a critério da vítima mais subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

> Com surgimento da Lex aquilia o estado assumiu a função de punir tornando-se o único detentor desse direito como mencionado por Alvino Lima:
>
> *"Partimos, como diz Ilering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão-somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, consequentemente, no sentido de se introduzir o elemen to subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguindo o direito romano liberta-se inteiramente da ideia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigação delituosa, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquilia, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência .*

ISSNe 2595-1602

A lei aquliana possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído deteriorado seus bens. Nasce ai a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. (Venosa. Op. Cit,P 27.) Com advento da culpa, à época, ela se tornou um elemento estruturante de várias modificações. Posteriormente, a própria jurisprudência impulsionou uma evolução a respeito da teoria clássica da culpa. A busca para solucionar conflitos estranhos ao entendimento da época teve consequência a ampliação do conceito de culpa, e também, a inclusão de novos preceitos dogmáticos onde o diferencial consistia na reparação de danos causados, exclusivamente pelo fato ou devido ao risco que fora criado.

Aperfeiçoada pelo pensamento romano, na França, foi outorgado por Napoleão Bonaparte o primeiro código da França, já que antes não havia um único conjunto de leis. Com o advento do novo código, várias mudanças ocorreram, uma delas foi a eliminação dos privilégios dos nobres, separando a igreja e o Estado. Com ideias iluminista até hoje se permite acompanhar as transformações da sociedade mesmo tendo se passado anos da sua promulgação.

O nosso antigo Código Civil sofreu forte influência do Código Civil francês, como observa Sylvio Capanema;

> *"No período pré-codificado, em que entre nós vigoravam ainda as Ordenações Filipinas, e mesmo no magistral "Esboço" de Teixeira de Freitas, não se pode dizer que o direito brasileiro gravitava, como tantos outros, em torno do Código Napoleão. Muito ao contrário, Freitas criticava e se afastava da doutrina francesa, insurgindo-se contra a separação do Direito Comercial e o Direito Civil"*

Porém o Código de Napoleão em se tratando de responsabilidade civil foi um pouco discreto, afinal não aprofundou tanto no tema, mas isso não impediu que mais tarde a doutrina e a jurisprudência aprofundasse no tema. O artigo 1382 no Código Frances trata da responsabilidade por ato próprio, com a seguinte relação:

> *" Art. 1382. Tout fait quelconque de l'hpmme, qui cause à autrui um dommage, obligue celui par faute duquel il est arrivé, á le réparer. (Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorre a reparar este dano)."*

Como percebemos em seu artigo 1383 há o princípio das responsabilidade aquiliana.

> *"Art. 1383. Chacun est responsible du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par as negligente ou par son imprudence. (Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligencia ou sua imprudência). "*

Foi com a promulgação do Código de Napoleão que deu origem a Responsabilidade Civil Subjetiva. Antes de seguirmos é de fundamental importância estabelecer uma classificação sistemática com base na culpa e a natureza da norma jurídica violada.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Na responsabilidade civil objetiva há uma obrigação de indenizar independente da prova da culpa do responsável. Conforme Tepedino a expansão da teoria objetiva nas codificações ocorreu quando " percebeu-se a insuficiência da técnica subjetivista, também chamada aquiliana para atender a todas as hipóteses em que os danos deveriam ser reparados" (Tepedino, 1999 pg 175).

A responsabilidade civil objetiva surgiu no final do século XIX sobre a influência da Escola Positiva Penal. Segundo essa teoria, basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano para que ela seja reconhecida.

ISSNe 2595-1602

> " *Uma das teorias que procuram justificar responsabilidade objetiva é a Teoria do Risco. Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro, e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que a conduta seja de culpa. (Goncalves, Curso de Direito Civil Brasileira. V4. Responsabilidade civil."*

Responsabilidade Civil Subjetiva: é a regra em nosso ordenamento, segundo ela há obrigação de indenizar sempre que se prova a culpa do agente. Ela decorre da necessidade de que o agente, que tenha violado os preceitos legais, responda pelas suas consequências. Nessa concepção a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa (Gonçalves, Carlos Roberto. V4.Pg 33). Esta culpa, se caracterizará quando o agente atuar com imprudência, negligência ou imprudência conforme o artigo 186 do Código Civil.

DO DANO

O dano é elemento essencial na figura da responsabilidade civil, afinal ninguém pode ser responsabilizado civilmente sem a prova do dano. Em sua obra Programa de Responsabilidade Civil de Sérgio Cavaliere Filho ressalta a inafastabilidade do dano nas seguintes condições:

> *"O dano é, sem dúvida o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que eles sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem o dano não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. (Cavalieri Filho, PRC. 2ed. São Paulo: Malheiros, 200, P. 70.)"*

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS

Como sabemos, anteriormente, no antigo Código Civil de 1916 e nem no Código Penal, não havia previsão legal pelo dano ambiental. Com o objetivo, e anseios de medidas de caráter preventivo e repressivo foi criada a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente de 1981, que foi quando surgiu a responsabilidade civil pelo dano ambiental. A lei surgiu visando suprir as lacunas deixadas pelo código civil e pelo código penal em relação aos danos ambientais.

Segundo leciona Carlos Roberto Goncalves:

ISSNe 2595-1602

> *"No campo da responsabilidade civil, o diploma básico em nosso país é a "Lei de Política Nacional do Meio Ambiente", cujas as principais virtudes estão no fato de ser consagrado a responsabilidade objetiva do causador do dano e a proteção não só os interesses individuais como também os supra individuais, conferindo legitimidade ao Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambientes. (Goncalves, Curso de Direito Civil Brasileira. V4. Responsabilidade civil.)"*

Segundo Tartuce:

> *" o primeiro regramento do Direito Ambiental a ser destacado é o princípio da natureza pública da proteção ambiental, retirado do art. 2.º, I, da Lei n. 6.938/1981. Conforme está ali estabelecido, a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Para tanto, devem ser incentivadas as atuações governamentais com o intuito de manter o equilíbrio ecológico, considerando-se o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o seu uso e interesse coletivo. "*

Já o segundo seria o princípio poluidor-pagador ("pollueter pays principle"), segundo este, o agente que polui deve arcar com as custas da reparação do dano, relacionado a atividade poluente, como previsto no artigo 14 §1 da Lei n°6.938 de 31 de agosto de 1981.

> *"§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."*

Como pontua Ramon Martin Mateo, mencionado por Tartuce, o princípio em questão não tem como objetivo aceitar a poluição mediante uma simples remuneração posterior, mas, sim, evitar que o dano ao meio ambiente se concretize. A indenização não perde o seu caráter disciplinador, somado à sua natureza de reparação. "Trata-se da regra consagradora da responsabilidade civil objetiva por danos ambientais. "Como já vimos, nessa modalidade de responsabilidade independe da existência de culpa é baseia que o agente que cria o risco "deve reparar os danos advindo de seu empreendimento. Bastando, portanto, a prova da ação ou omissão do réu, do dano e da relação de causalidade" ((Goncalves, Curso de Direito Civil Brasileira. V4. Responsabilidade civil. pág. 87)

Ensina Benjamin que:

ISSNe 2595-1602

> *"Ao obrigar o poluidor a incorporar nos seus custos o preço da degradação que causa – operação que decorre da incorporação das externalidades ambientais e da aplicação do princípio poluidor-pagador – a responsabilidade civil proporciona o clima político-jurídico necessário à operacionalização do princípio da precaução, pois prevenir passa a ser menos custoso que reparar."*

Dessa forma, distingue-se no princípio duas esferas básicas: busca evitar a ocorrência de dano ambiental – caráter preventivo; e ocorrido o dano, visa a sua reparação – caráter repressivo.

Machado leciona, com maestria, que:

> *"A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar*
>
> *o ambiente tem o dever jurídico de repara-lo. Presente, pois, o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos "danos causados ao mio ambiente e aos terceiros afetados por usa atividade" (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingindo e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente."*

Esse posicionamento, também é reforçado pela nossa Constituição Federal de 1998 em seu art. 225, § 3º.

> *"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.''*

Seria oportuno aqui ressaltar que na ação pública ambiental não se discute a legalidade do ato e sim a capacidade do dano que o ato possa provocar ao meio ambiente e àqueles envolvidos.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE BRUMADINHO-MG

Recentemente nos deparamos com um dos maiores desastres ambientais com rejeitos de mineração. Ocorreu o rompimento da barragem de rejeitos no município de

ISSNe 2595-1602

Brumadinho a 65 km de Belo Horizonte em Minas Gerais em 25 de Janeiro de 2019. Ele também pode ser considerado como o maior acidente de trabalho do Brasil. Segundo informações da Polícia Civil há 244 mortos identificados.

Ao todo, a justiça já bloqueou cerca de R$11 bilhões da mineradora Valle. Também já foram abertas investigações para apurar as causas e responsáveis pelo rompimento das barragens include se já irregularidades nas licenças. A mineradora atualmente sofre várias ações na justiça no país e no exterior. A atividade de risco, como a mineração, gera, por sua natureza, a responsabilidade Civil Objetiva de reparar o dano independente da culpa.

Observa Leite, que:

> *"a teoria da responsabilidade objetiva tem como base a socialização do lucro ou do dano, considerando que aquele que obtém lucro e causa dano com uma atividade, deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. (LEITE, José Rubens Morato, ibidem, p. 126.)7"*

Sobre a mineradora Vale em face do artigo 14°§1 da Lei n°6.938/8. Para a responsabilidades Civil Ambiental a jurisprudência adota a teoria do risco integral. No dizer de Nelson Junior nos casos da responsabilidade civil ambiental é irrelevante a demonstração do caso fortuito ou da força maior como excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico. Como podemos analisar no seguinte julgado:

> *" APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ROMPIMENTO DE BARRAGEM - MINERAÇÃO RIO POMBA CATAGUASES - DANO AMBIENTAL - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO- MULTA- CARÁTER PROTELATÓRIO- NÃO CONFIGURAÇÃO- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Para o dano ambiental se aplica a teoria do risco integral, logo, é objetiva a responsabilidade e não se admite a incidência das excludentes de força maior, caso fortuito e fato de terceiro; - A indenização por dano moral deve ser fixada em valor suficiente para reparar o dano, como se extrai do art. 944, caput, do Código Civil; - Não sendo evidenciado o propósito protelatório dos embargos, afasta-se a multa prevista no art. 538, p. Único do CPC; - Recurso parcialmente provido.(TJ-MG - AC: 10439070714993001 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/12/2013) "*

Os terceiros afetados tem legitimidade para pleitear indenização contra a mineradora por danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Tendo como dano patrimonial a "lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular" (Goncalves, Curso de Direito Civil Brasileira. V4. Responsabilidade civil.) O dano patrimonial pode ser dividido em lucros cessantes, quando em relação ao dano sofrido as consequências sofridas serão futuras e os danos emergentes que é o que a vítima deixou de lucrar " o que não ganhou". Há também os danos extrapatrimoniais ou também chamados de danos morais, são aqueles que são pleiteados pelo abalo

ISSNe 2595-1602

psicológico causado as vítimas e aos entes queridos. Para Gonçalves o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a descoberta pelos colonizadores portugueses das imensas riquezas que estavam enterradas sob a terá fértil a mineração virou a base da economia, gerando empregos e meios de subsistência para as famílias se provirem. Acontece que a Revolução Industrial mostrou ao mundo outra forma de progresso e crescimento econômico, substituindo antigos costumes de extração de minério por novas formas e nos trazendo a uma realidade de um Brasil contemporâneo que precisa impor na pratica suas leis positivadas para inibir violações e impedir tragédias como a de Brumadinho- MG. Com a necessidade de fazer valer o Código Civil com suas respectivas responsabilidades objetivas e subjetivas para quem viola seus preceitos, como um aliado no combate contra o agente infrator. Brumadinho em parte pode até ser chamada de Pompéia moderna, uma cidade atingida por uma tragédia repentina e devastadora. Investigadores alegam que a Vale sabia que a barreira não era segura e mesmo assim seguiu com os trabalhos de extração, sendo portanto por lei obrigada a reparar o dano e suas vastas áreas abrangentes. Em relação ao dano ambiental, o preceito será a responsabilidade objetiva, na qual o agente que, através da sua atividade cria uma situação que ele será obrigado a repara-lo independente da prova da culpa. Portanto para concluir o presente artigo é importante frisar que está situação não é apenas um acontecimento sobre acidente industrial, mas sim sobre um estilo calcado na exploração cada vez maior de recursos naturais finitos, como uma relação entre seres humanos e o mundo.

ISSNe 2595-1602

NOTAS EXPLICATIVAS

1. Dicionário jurídico: Academia Brasileira De letras Juridicas. J.M. Othon
2. Alvino Lima, Da culpa ao risco, São Paulo 1938.
3. Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. V.4 ed. São Paulo. 2015
4. Glagliano, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, V.3: responsabilidade Civil / Pablo Stolze glagliano, Rodolfo Pamploma Filho – São Paulo; Saraiva 2008
5. .Mateo, Ramon. Tratado de derecho ambiental. Madrid, 2017. P240.
6. Taturce, Flávio. Manual de responsabilidade Civil. Volume Único – Rio de Janeiro: Forense 2018
7. (LEITE, José Rubens Morato, ibidem, p.126

REFERÊNCIAS

Aspectos gerais da responsabilidade civil.

Disponível em https://www.google.com/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/58301/1 acesso em 29 de junho de 2018

Responsabilidade civil ambiental da mineradora SAMARCO pelo rompimento das barragens em Minas Gerais

Disponível em https://thiagoloures.jusbrasil.com.br/artigos/252980985/responsabilidade-civil-ambiental-da-mineradora-samarco-pelo-rompimento-das-barragens-em-minas-gerais.

Acesso em 13 de maio de 2019

Aspectos histórico-evolutivos do instituto da Responsabilidade Civil

Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18938&revista_caderno=7 . Acesso em 25 de Maio de219

Responsabilidade civil, administrativa e criminal no caso Brumadinho

Por: Por Rafael Martins Costa Moreira

Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-jan-30/rafael-moreira-responsabilidade-envolvidos-brumadinho

Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

Disponível em https://www.google.com/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/64351/1. Acesso em 25 de Maio de 2019

Código de Napoleão

Disponível em

https://www.google.com/amp/s/www.infoescola.com/direito/codigo-napoleonico/amp/555

ISSNe 2595-1602

PUNITIVE DAMAGE E A FIXAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

[1]Bruno Santiago da Silva

RESUMO: O presente artigo visa, de forma clara e objetiva, expor um trabalho inteligível tanto aos operadores do direito, quanto a qualquer um que busque pela temática. Ressalta-se, o tema em comento é de atual discussão, mas, seus preceitos e entraves ultrapassam a margem dos 2.000 (dois mil) anos A.C, no que tange a questão da responsabilidade civil e o dano moral. No entanto, imperioso trazer à baila que, no presente estudo, de forma ampla e com grande arcabouço teórico, será apresentado como a doutrina norte-americana, qual a seja, o *punitive damage*, pode ser aplicado nas condenações a título de dano moral e o seu fundamento jurídico à luz do ordenamento pátrio.

PALAVRAS CHAVE: PUNITIVE DAMAGE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. STJ.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduando do 7º semestre em direito pela Universidade São Judas Tadeu, *e-mail:* bruno.santiago.silva28@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo sanar a dubiedade quanto ao critério de quantificação no que tange à responsabilidade civil por danos morais, bem como a reparabilidade do dano e, ainda, explanar acerca da teoria norte-americana que aos poucos tem tomado espaço no judiciário brasileiro, mas que apresenta restrições quanto a sua aplicação integral.

No que tange à reparação por danos morais e à fixação da indenização, muito se discute na doutrina qual a devida aplicação e quais os critérios a serem utilizados para que se possa obter um efetivo êxito quanto à indenização pleiteada.

Após a promulgação da Constituição de 1988, que em seu texto constitucional instituiu expressamente o direito à reparação por danos morais quando houver violação à honra, à imagem ou à intimidade, ainda há dentre os doutrinadores o entrave de quais os reflexos da responsabilidade civil e a fixação do *quantum* arbitrado a título de dano moral.

Com a Constituição de 88, a discussão no sentido de haver ou não o dano moral começa a ficar de lado, pois, de forma expressa, o dispositivo 5º, X, garante a reparabilidade quando a ofensa se der no subjetivo, ou seja, na esfera moral. Entretanto, a discussão que ganha força é acerca da quantificação da indenização, tendo em vista que nem mesmo a Constituição ou o Código Civil de 2002 e 1916 trataram sobre essa temática.

Neste diapasão, não há um critério lógico que represente um valor aprazível e, de fato, consiga trazer a compensação e a *restitutio in integrum* ao ofendido.

Sendo assim, por derradeiro, o estudo aqui apresentado tem a finalidade de apresentar um sistema de quantificação que possa auxiliar, mormente, os magistrados na aplicação da condenação por danos morais, bem como afastar o critério tarifário que permeia a doutrina.

ISSNe 2595-1602

2. *PUNITIVE DAMAGE* – BREVE INTRODUÇÃO AO INSTITUTO NORTE-AMERICANO E A RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

Quando o assunto é o instituo da *punitive damage*, conhecido como função punitiva do dano, há uma discussão extensiva na doutrina e jurisprudência, principalmente no que tange à quantificação na aplicação de tal instituto, no Brasil.

Frise-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão expressa do quantum fixado no momento da aplicação da reparação do dano, sendo assim, não há como de fato calcular a que se faz jus a reparação, principalmente quando o dano é puramente moral.

Cuida o Art. 944º que a indenização é medida pela extensão do dano, que é de caráter puramente moral, dificultando, assim, a aplicação da reparação.

A fim de que seja esclarecido, para que o indivíduo seja indenizado, é necessário que haja a caracterização da responsabilidade civil, consagrado nos Artigos 186º, 187º e 927 do Código Civil.

Vejamos a inteligência dos artigos:

> Art. 186º. 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. 187º. 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.
>
> Art. 927º. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186º e 187º), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como podemos perceber, conforme alude os artigos acimas esposados, aquele que cometer qualquer ato ilícito, seja por omissão ou uma ação e causar um dano a outrem, deverá repará-lo.

Ainda, com relação à doutrina, há caracterização da responsabilidade civil quando estão presentes os seguintes requisitos: conduta omissiva (positiva) ou negativa (omissiva) do agente, dano e nexo de causalidade.

De forma simples e didática, a saber: conduta comissiva – uma ação do agente, um fazer; conduta omissiva – um não fazer, omissão do agente; dano – um prejuízo atribuído ao lesado/ofendido; nexo de causalidade – a relação do fato ilícito e o dano produzido.

Trazendo à baila, a doutrina divide-se em doutrinadores que entendem ser aplicável o quesito culpa, como pressuposto de responsabilidade civil e os que entendem não ser necessária a aplicação da culpa.

Assim, no entendimento de Stolze Gagliano e Rodolpho Pamplona, "noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma às consequências do seu ato (obrigação de reparar)[i]. Ainda, complementa o autor que os elementos que constituem a responsabilidade civil são: a) conduta (positiva ou negativa), b) dano e c) nexo de causalidade[ii].

Nessa esteira, no sistema tripartido da responsabilidade, Maria Helena Diniz entende que há a existência de três elementos: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano mora ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade[iii].

Em outras palavras, quando estamos diante do instituto da responsabilidade civil, é cediço que o agente cometa um ato ilícito, contra legem ou contratual, e a sua conduta traga a ele o dever de indenizar. No pensamento do ilustre Venosa, "no vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar"[iv].

ISSNe 2595-1602

Deste modo, resta patente que a reparação civil é consequência lógica da aplicação da responsabilidade civil, tendo o sujeito sido enquadrado nos 3 pressupostos da responsabilidade, haverá, portanto, a reparação civil ao dano causado.

Após uma breve explicação sobre como é exercida responsabilidade civil no Brasil e como se dá a reparação, passemos então a tecer considerações sobre o instituto norte-americano *punitive damage*.

Como já dito, o *punitive damage*, diz respeito ao caráter punitivo da indenização pleiteada.

Segundo William L. Prosser, John W. Wade e Victor E. Schwartz (2010, p. 566), o Punitive Damages, às vezes chamados de exemplary ou vindicte damages, ou smart money − ao pé da letra "dinheiro esperto" − consistem numa soma adicional acima da remuneração, para a vítima dos danos sofridos, concedida com a finalidade de punir o réu e de adverti-lo a não fazê-lo de novo, além de intimidar os outros com o exemplo. (apud, SOUZA, Wendell Lopes Barbosa)[v2].

Com relação à teoria aplicada, é mais usual em países cujo sistema jurídico é o common law, sendo assim, nasce na metade do século XVIII em face dos atos ilícitos praticados por parte dos agentes do governo inglês; sendo concedido em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente[vi].

Obtempera-se, portanto, que a referida teoria comporta maior existo nos Estados Unidos, principalmente por ser o país que mais aplica a teoria nas condenações, chegando à casa dos milhões.

Corroborando ao exposto acima, um dos casos que teve grande repercussão, com relação aos *punitive damage*, foi o do Mc Donald's Corporation v. Stella Liebeck, rendendo a autora da ação o montante de US$ 2,7 milhões. Ainda, a título de punitive damage, outro caso que também rendeu milhões ao autor da ação, foi o caso Lily Gray v. Ford Motor Co., chegando à condenação ao valor de US$ 125 milhões em indenizações punitivas.

Sendo assim, para André Gustavo de Andrade (2009, p. 187 e 1.111), "o propósito geral dos punitive damage ou exemplary damage é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não se repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros", ainda, "secundariamente, exerciam outras funções, dentre as quais a de atuar como mecanismo para a proteção de consumidores contra as práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé", e ainda nesse sentindo, "como visto, os punitive damage, também, podem ser concedidos para desencorajar terceiros de praticarem o mesmo ato ilícito que gerou a punição". (apud, SOUZA, Wendell. p. 204)[vii].

Entretanto, ainda que as indenizações a título de dano moral cheguem à casa dos milhões como visto no presente artigo, as empresas não deixaram de

[2] A paginação apresentada pelo artigo disponibilizado na internet não está de acordo. No documento mostra o número 352, mas o artigo sintetizado disponibilizado pelo autor só contém 21 folhas. Entretanto, foi disponibilizado o link para melhor validação.

ISSNe 2595-1602

investir no país, pelo contrário, mantiveram suas fábricas/lojas e continuaram exercendo suas atividades cotidianas.

Cônsono a isso, não é prudente dizer que aplicar a teoria do *punitive damage,* no Brasil, seria desestimular as empresas às suas práticas, pelo contrário, faria com que as empresas atuassem com mais prudência e diligência em suas atividades praticadas.

Outrossim, cabal ressaltar que a possibilidade de a quantidade de processos no judiciário diminuir seria de quase 80%, tendo em vista que o Brasil é o país que ainda não aplica sanções milionárias às causas jurídicas de cunho reparatório na esfera do dano moral e, por isso, as empresas continuam, de forma reiterada, mantendo seus atos ilícitos.

Nesses moldes, são as considerações iniciais sobre o tema.

2.1. PRESSUPOSTOS DA PUNITIVE DAMAGE E O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS NO BRASIL

Claramente, para a aplicação do *punitive damage* deve-se seguir os requisitos necessários a fim de que possam ser, evidentemente, aplicados no caso concreto e não usado de forma desordeira e sem qualquer fundamento.

Nesse sentido, no julgamento de Campbell v. State Farm Automobile Insurance Co., a Suprema Corte americana entendeu que requisitos devem ser atendidos para que seja aplicado o *punitive damage,* a fim de que esse não seja dado de forma desmedida.

Quanto aos requisitos, ANDRADE, André Gustavo (2009, p. 200/202), em sua obra entende que são 4 os pressupostos: I - se o dano causado à vítima é um dano físico ou se tem caráter econômico; II - se o dano é resultado de dolo, de fraude ou de grave negligência do réu; III - se o dano é resultado de ações reiteradas por parte do réu ou se representa apenas um fato isolado; IV - também ser levada em conta a conduta do réu para verificar se é reveladora de absoluta falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem". (apud, SOUZA, 2013, p. 212)[viii].

Por conseguinte, o referido caso ganhou o número 01.1289, sendo discutido no dia 11 de dezembro de 2002 e decidido em 7 de abril de 2003.

No julgado, ainda, os ministros da suprema corte fazem algumas menções sobre o caso Bmw v. Gore – falaremos sobre o caso ainda nesse artigo – a fim de que, caso como o dos Campbell, seja julgado nos mesmos moldes e nesse deslinde, determinou a suprema corte, que os tribunais federais e estaduais seguissem essas medidas.

A fim de não deixar dúvidas sobre os pressupostos do *punitive damage* e com a finalidade de deixar o trabalho mais completo, em consulta ao Justia[ix], este apresentou um complemento ao caso Campbell v. State Farm Automobile

ISSNe 2595-1602

Insurance Co., com relação aos pressupostos de aplicação da teoria mencionada, quanto à fixação do quantum. Vejamos:

> "(1) o grau de repreensibilidade da má conduta do réu, (2) a disparidade entre o dano real ou potencial sofrido pelo requerente e a sentença punitiva e (3) diferença entre as indemnizações punitivas atribuídas pelo júri e as sanções civis autorizadas ou impostas em casos comparáveis[x]."

Percebe-se, portanto, o que mais se presa para aplicação do dano punitivo é a conduta do agente, o dano sofrido e a diferenças entre as sanções civis atribuídas pelo júri.

Em uma análise mais breve, no caso BMW v. Gore[xi], obtempera-se que os requisitos utilizados no julgamento do caso são os mesmos 3 citado acima, utilizados no julgamento dos Campbell.

Imperioso ressaltar que, o caso Gore foi julgado em 1995, antes do caso dos Campbell e por ser este último um caso de menor complexidade em relação ao primeiro, na aplicação do *punitive damage*, além de estabelecer as regras, ainda determina aos tribunais inferiores que sigam estes critérios (BMW v. Gore), a fim de facilitar os próximos julgamentos.

Por oportuno, resta patente a conclusão de que, para que seja aplicado o instituto do *punitive damage*, é necessário: 1) o dano (físico ou sem caráter econômico); 2) se houve dolo, fraude ou grave negligência do réu; 3) conduta reiterada do réu ou um fato isolado; 4) falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem; e, no que diz respeito à sua fixação, precisa-se: 1) o grau de repreensibilidade da má conduta do réu; 2) disparidade entre o dano real ou potencial pelo requerente e a sentença punitiva e 3) diferença entre a indenização punitiva atribuída pelo júri e as sanções civis em casos semelhantes.

Pois bem, em relação à responsabilidade civil utilizada no Brasil, veremos que há grande semelhança para aplicação do instituto norte-americano, quando o tema for na esfera moral.

Como já foi estudado anteriormente no presente trabalho, para que haja a responsabilidade civil e a reparação é necessário que estejam presentes os requisitos da teoria tripartida: a) dano; b) conduta positiva (comissiva) ou negativa (omissiva) e 3) nexo de causalidade, somente assim, dar-se-á ao lesado a devida reparação dos danos sofridos, sejam eles materiais ou morais.

Para exemplificação, abaixo veremos por meio de um quadro comparativo a correspondência de cada instituto.

Responsabilidade Civil Brasileira	*Punitive Damages*
(i) Dano	(i) Se o dano causado à vítima é um dano físico ou se há caráter econômico

ISSNe 2595-1602

	(ii) Se o dano é resultado de dolo, de fraude ou de grave negligência do réu
(ii) Conduta Positiva ou Negativa	(iii) Se o dano é resultado de ações reiteradas por parte do réu ou se representa apenas um fato isolado
(iii) Nexo de Causalidade	(iv) Ser levada em conta a conduta do réu para verificar se é reveladora de absoluta falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem

Conforme demonstrado, há grande similaridade quanto ao *punitive damage* e sistema de responsabilidade brasileiro.

Imperioso mencionar que a teoria norte americana dá respaldo para os consagrados danos materiais – "Se o dano causado à vítima é um dano físico" – e também os danos extrapatrimoniais, diga-se danos morais – "[...] ou se tem caráter econômico".

Por derradeiro, explanaremos a respeito do dano moral.

Para que seja caracterizado o dano moral, ou como parte da doutrina chama, dano extrapatrimonial, será necessário a presença do abalo à moral, ou seja, que o dano causado ao lesado esteja num patamar acima dos aborrecimentos do cotidiano.

Pontua a doutrina que, o dano moral, é o ato ilícito praticado por terceiro, sem finalidade econômica, atingindo a moral do ofendido, seu psicológico ou a imagem e, assim, traz ao lesado uma sensação desagradável, de desconforto ou de grande pesar. Como dito, são situações que não se espera vivenciar no dia a dia, situações que vão além dos meros aborrecimentos hodiernos.

Entende-se, no entanto, que atitudes que visam atingir a imagem, intimidade, a honra, a *psiqué*, dignidade ou, ainda, que alcançam a esfera subjetiva do lesado; o causador deste dano deverá repará-lo.

Nesse ponto, não só a doutrina é uníssona, ao menos quanto a classificação, mas, o texto legislativo trás expressamente em seu bojo que no momento da sua violação deverá o infrator indenizar o lesado.

Vejamos alguns artigos:

Art. 1º, III, 5º, V e X CF/88:

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

ISSNe 2595-1602

> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> 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;

Artigos 12 º, 20 º, 186 º, 187 º e 927 º CC/02:

> Art. 12 º. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Art. 20 º. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
>
> Art. 186 º. 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. 187 º. 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.
>
> Art. 927 º. Aquele que, por ato ilícito (Artigos 186 º e 187 º), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Conforme elucidado, mostra-se que o direito brasileiro cuidou de proteger o elemento subjetivo da pessoa humana.

Em consonância ao discutido acerca dos danos morais, Carlos Alberto Bittar, ilustríssimo doutrinador e também defensor da função punitiva do dano, preleciona em sua obra, "danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico"[xii].

Ainda, nas palavras de Bittar, "sendo o dano moral e constatado, diretamente ou sob presunção judicial, conforme hipótese, deve merecer o amparo do Direito, a fim de que se elidam ou se previnam práticas futuras de agressões do mesmo nível, em razão da mencionada função inibidora que a teoria em questão exerce"[xiii].

Conclui-se, portanto, resta patente que o dano moral, no Brasil. abarca sim a aplicação do *punitive damage* em seu "inteiro teor", pois preenche todos os pressupostos e requisitos, conforme esposado no artigo até o presente momento, ficando a cargo da doutrina – ou da legislação, conforme veremos, ainda, neste artigo - tratar apenas no que tange à fixação do quantum indenizatório.

2.2. STJ E O *PUNITIVE DAMAGE* NO BRASIL – BREVES REFLEXÕES[xiv]

Ab initio, atualmente no Brasil, o instituto do *punitive damage* não é aplicado nos julgados, pois entendem que o instituto em comento não guarda

ISSNe 2595-1602

similaridade com a legislação pátria, bem como sua aplicação não se equipara com o sistema jurídica brasileiro.

Nos julgados, a jurisprudência se pauta no chamado mero aborrecimento, que seria um mero dissabor experimentado pelo lesado e, no sentido dos julgados, não ensejando o dano punitivo para fins de reparação civil na esfera moral.

Conforme analisaremos, houve pouquíssimos casos em que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou nesse sentindo e no mérito aplicou a sanção punitiva, fundamentada na teoria norte-americana.

Prima facie, o julgamento do recurso especial (REsp) nº 1.120.971/RJ, trata-se ação ajuizada pelo ex-presidente Fernando Collor de Melo em face da Editora Brasil, Roberto Civita e André Petry, cuja matéria da ação versava sobre calúnias, difamações e diversas injúrias acerca do ex-presidente, condenando a editora ao pagamento de R$ 500.000,00, a título de reparações danosas causadas à honra do recorrente.

Condenado os réus, adveio a apelação em face destes em que o tribunal a quo reformou a sentença, fixando o pagamento a título de indenização no montante de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), acrescidos de juros de 1% ao mês, a partir do evento danoso.

Não conformado, interpôs o presente recurso especial a fim de majorar a indenização na monta de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), fundando o pedido no sentido de que o valor arbitrado pelo tribunal inferior não se atentou a qualificação das partes envolvidas, bem como a repercussão do dano causado e o lucro auferido com a publicação da reportagem.

No voto, o relator Ministro Sidnei Beneti, defende que a corte superior já tem se pronunciado no sentido de que, a título de dano moral, por não haver quantificação expressa na lei, a fixação do dano deve ser feita em valor que desestimule o ofensor. Veja-se:

> "Como se sabe, a lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do valor do dano moral. Por isso, esta Corte tem se pronunciado no sentido de que o valor de reparação do dano deve ser fixado em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido"

Ainda, no transcorrer do seu voto, pontua que "não importa quem seja o ofendido, o sistema jurídico reprova, sejam-lhe dirigidos qualificativos pessoais ofensivos à honra e a dignidade"[xv]

No mais, entendeu que o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) parece razoável a título de indenização,

ISSNe 2595-1602

Neste ponto, levando-se em consideração a condição financeira dos ofensores, a pessoa do ofendido e o nexo de causalidade entre o fato e a consequência, entendeu considerável o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de danos. Ainda, salienta que a escrita injuriosa em veículo de comunicação de grande nome autoriza a aplicação do *punitive damage.*

> "O desestímulo ao escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação, autoriza a fixação da indenização mais elevada, à moda do "*punitive damage*" do Direito Anglo-americano revivendo, ademais lembranças de suas consequências para generalidade da comunicação, de que o respeito à dignidade pessoal se impõe a todos".

Ainda:

> "O valor de R$ 150.000,00, fixado à dosagem equitativa em consideração às circunstâncias objetivas e subjetivas da ofensa, ligadas ao fato e suas consequências, bem como à capacidade econômica dos ofensores e à pessoa do ofendido, pareceu razoável ao subscritor do presente voto".

Ex positis, a douta maioria do Supremo Tribunal de Justiça entendeu por majorar o valor da indenização na monta de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Nesse sentido, passaremos a análise do acórdão do Agravo de Instrumento nº 850.273/BA, convertido em recurso especial.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela Editora Gráfica Universal LTDA em face da não admissão do recurso especial interposto em instância inferior contra decisão que condenou a agravante no valor de R$ 960.000,00, (novecentos e sessenta mil reais).

Convertido o presente agravo em recurso especial, conforme entendimento do Ministro Carlos Fernando Mathias, Relator do acórdão, o referido REsp, dentre os demais pedidos da peça, deseja que a decisão proferida pelo tribunal a quo seja reformada com a finalidade de diminuir a indenização ao valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Em síntese, o relator acompanhou o julgamento do REsp nº 931.131 – que também analisaremos aqui – por ser litisconsorte no feito originário e, no pleito, minorando o valor da indenização no montante de R$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), corrigidos a partir da data da decisão do acórdão.

Na fundamentação do REsp nº 931.131/BA, o ministro fundamenta: "a propósito, anote-se que, a Constituição assegura direito de indenização por violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas", ainda, complementa: "Na concepção clássica, como se recorda, esse dano se caracterizava pela ofensa à honra do ofendido ou de sua família, por restrições à sua liberdade ou, ainda, por violação que afetasse a sua profissão".

ISSNe 2595-1602

Ao passar a quantificação, evoca o *punitive damage* como critério de sanção, mas, que a sua aplicação irrestrita encontra barreiras na legislação, qual seja, o enriquecimento sem causa.

Por fim, ressalta quais os critérios para a aplicação da reparação do dano moral.

Senão vejamos:

> "Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito."

Ora, verifica-se que os critérios utilizados pelo Ilustríssimo Senhor Ministro na fixação do quantum guardam similitude ao que fora explanado no julgamento do REsp 1.120.971/RJ[xvi].

Com relação ao recurso especial nº 913.131/BA, analisaremos a seguir.

Trata-se, portanto, de recurso especial interposto pela Igreja Universal do Reino de Deus em face de Gildásia dos Santos e Santos que, nos pedidos, ao que assevera tecer os devidos comentários, alega ser exorbitante a indenização aplicada pelo tribunal de origem, no valor de R$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), sendo contrário ao Art. 4º do decreto lei 4.657/42, proporcionando o enriquecimento sem causa.

No que merece a devida atenção, ou seja, na questão da indenização por danos morais, o Ministro Carlos Fernando Mathias, entende ser necessário evocar o instituto do *punitive damage*, extraído do direito norte-americano.

Veja-se:

> "Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos "*punitive damages*"".

Mas, sustenta, ainda, que a sua aplicação do *punitive damage* de forma desarrazoada é controlada pelo instituto do enriquecimento sem causa.

Quanto ao aludido, segue trecho:

> "Entende-se, seguindo os parâmetros da Corte Superior no concernente ao dano moral, que a condenação deve ser ajustada a um

ISSNe 2595-1602

> valor que, ao tempo em que guarde expressão econômica, não provoque indevido enriquecimento sem causa à parte".

Deste modo, reduz a condenação ao montante de R$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), a título de indenização por danos morais.

No mais, iremos agora analisar o acórdão do REsp nº 210.101/PR.

Recurso Especial interposto por Laura Nunes Pereira e Outros em face de Bureau Veritas do Brasil Sociedade Classificadora LTDA e Antônio Luiz Magalhães Borges Alexandrino que, à serviço da Bureau, fora demando em juízo por ter atropelado o Sr. Altino Pereira, pai e esposo das autoras, respectivamente.

Advindo a sentença em 1ª instancia, atribuiu o valor da condenação a título de danos morais no valor correspondente a 10 (dez) salários mínimos vigentes à época do evento.

Em última instância, em julgamento do REsp aqui em apreço, o Ministro Carlos Fernando Mathias entende em caso de morte da figura paterna, por culpa exclusiva, é inquestionável a existência de dano moral.

Passando ao fundamento legal, o Ilustríssimo Ministro repete o que já exarou em outros acórdãos, inclusive, os que aqui estão citados.

Quanto à fixação do quantum, majora o valor da indenização em R$ 100.000,00 (cem mil reais)

Ressalta-se que, a critério de fixação da pena, o Ministro entende que é necessário observar as condições econômica das partes, levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso e, ao fim, que sirva para desestimular o ofensor a repelir o ato ilícito.

Ora, entende o Ministro ser cabível a teoria do desestímulo em casos que versem sobre o dano extrapatrimonial, entretanto, redargui em seus acórdãos que o Código Civil de 2002, em seu Art. 884, traz o advento do enriquecimento sem causa. Obtempera-se, no entanto, após breve análise dos acórdãos que tal fato impede, por assim dizer, que a caneta "pese" no momento da aplicação da pena punitiva, mesmo sendo necessária, como nos casos aqui expostos.

Trazendo à baila, segue trecho do acórdão:

> "Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no Art. 884 º do Código Civil de 2002".

ISSNe 2595-1602

Em contraste com o mencionado no acórdão, o Art. 884 º do Código Civil de 2002 traz a seguinte redação:

> "Art º. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

Não há de se falar em enriquecimento sem causa, principalmente dada a relação jurídica e reconhecida a responsabilidade civil (dano, nexo de causalidade e conduta ilícita). Sendo assim, a aplicação dos *punitive damage* seria "livre", devendo apenas guardar restrições quanto à fixação e a forma de fixar o quantum reparatório.

Seguindo as análises, o próximo será o REsp nº 1.737.412/SE.

Recurso especial interposto pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe, pois trata-se de decisão que na 1ª instância condenou o Banco do Estado de Sergipe, ora recorrido, a pagar R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais coletivo. Sendo reformado pelo tribunal, apresenta-se o recurso especial em comento a fim de restaurar a decisão de primeiro grau.

Na relatoria da ilustre Ministra Nancy Andrighi, em seu belíssimo entendimento, fundamenta que a lesão aos bens de titularidade coletiva, cuja preservação importa a toda coletividade, quando estiver na órbita extrapatrimonial, traduze-se em dano moral coletivo.

Data vênia, veja-se:

> "Com efeito, a partir da CF/88, surgiram feixes de interesses cuja proteção ultrapassa a esfera meramente individual, sendo, assim, reconhecidos bens de titularidade coletiva, cuja preservação importa à toda a coletividade".

Ainda:

> "Essa lesão, quando de natureza extrapatrimonial, se insere na categoria do dano moral coletivo, que é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico)".

Fundamenta no acórdão que o dano moral tem duas funções, sendo elas, função punitiva e a função inibidora.

> "No dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao ofensor – é, pois, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita".

ISSNe 2595-1602

Cabal mencionar que a doutrina, na lição de Humberto Theodoro, entende que o caráter punitivo "teria em mente não só o ressarcimento do prejuízo acarretado ao psiquismo do ofendido, mas também estaria atuando uma sanção contra o culpado tendente a inibir ou desestimular a repetição de situações semelhantes"[xvii].

Ainda, em conformidade a melhor doutrina, leciona Bittar em sua obra que após a constatação do dano moral, deve o direito ampará-lo, a fim de evitar práticas futuras do mesmo ou nível, em razão da função inibidora[xviii].

Portanto, a função punitiva e inibidora não cabe apenas ao dano moral coletivo, mas sim ao individual.

No mérito, a Ministra reformou o acórdão recorrido a fim de reestabelecer a sentença de 1ª instância, que fixou o pagamento à título de danos morais no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

No que tange à função punitiva, em relação ao dano moral individual, a Ilustríssima Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp nº 1.171.826/RS, descreve que quando houver acidentes com vítima fatal em razão de serviços de relevância pública, a indenização será conforme a natureza do dano, a gravidade das consequências, a proporção da compensação em relação ao sofrimento e sua função punitiva.

Ainda, na ementa do acórdão já traz a explicação de que quando a função punitiva não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação.

Vide ementa:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. DANO MORAL DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA.
> 1. Tanto a averiguação de caso fortuito, bem como da força maior, depende de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ.
> 2. Quando à função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes.
> 3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ).
> 4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais)

ISSNe 2595-1602

> para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento".

No acórdão, menciona que, em situações excepcionais a corte modifica o quantum indenizatório quando se percebe a ausência da punição do ofensor a fim de evitar novo ato danoso.

No mérito, dá provimento ao recurso para estabelecer o valor de R$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais), a título de danos morais para cada recorrente. Imperioso ressaltar que, no caso em apreço, são dois os recorrentes, perfazendo, então, o valor total de R$ 558.000,00 (quinhentos e cinquenta e oito mil reais).

Por derradeiro, traremos parao artigo o REsp nº 1.440.721/GO, cuja relatora é a Ilustríssima Ministra Maria Isabel Galloti.

Cuida-se de recurso especial interposto por Ronaldo Ramos Caiado, Fernando Gomes de Moraes e Editora Planeta do Brasil, cuja condenação inicial se deu no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Nas palavras da Ministra Isabel Galloti, em seu belíssimo fundamento, a defensora da função punitiva do dano traz ao acórdão que o dano moral possui tríplice função, sendo elas: compensatória, punitiva e preventiva. E, quanto ao valor da indenização, deverá este ser fixado seguindo as funções mencionadas.

Confira-se:

> "Assim delineada a controvérsia, ressalto que a indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para reparar os danos sofridos pela vítima, a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito, cumprindo de forma adequada e satisfatória as funções acima mencionadas".

No que diz respeito à fixação do valor da indenização, a Ministra pondera a importância de considerar a condição econômica dos ofensores, bem como o cumprimento da função punitiva e preventiva do dano moral.

Vejamos:

> "Ademais, na fixação do valor da indenização, além de levar em conta o a extensão do dano, deve-se considerar as condições econômicas dos ofensores, protegendo de forma suficiente o bem jurídico violado e cumprindo com as funções punitivas e preventivas do dano moral".

O ápice deste acórdão, tecido com maestria e fortemente fundamentado, está no momento em que a Ministra Galloti arbitra o valor da condenação, pois entende que a função punitiva e preventiva não enseja configuração

ISSNe 2595-1602

de enriquecimento ilícito quanto à reparação a título de danos morais e guarda dos direitos a personalidade.

Para melhor entendimento, vejamos:

> "Dessa forma, atentando-se às peculiaridades da causa e levando-se em consideração que o autor é figura pública e a gravidade da falsa acusação que lhe foi graciosa e dolosamente imputada, bem como a capacidade econômica dos ofensores, entendo que a majoração da condenação de cada recorrido para o valor de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) mostra-se adequada para reparar os danos morais sofridos e resguardar os direitos da personalidade atingidos, de modo a cumprir também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito".

Outrossim, pontua ser este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, colacionando no acórdão o julgamento do caso do ex-presidente Collor[xix].

Pelas razões apresentadas, deu provimento ao recurso para condenar em R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) cada recorrido. Ressalte-se que, são dois os recorridos, perfazendo o valor total de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Conclui-se, portanto, após os diversos caso aqui apontados, que o instituto norte-americano *punitive damage*, é aplicado no tribunal superior na maioria dos casos, pois, conforme aludido, entende-se que o dano moral tem a devida função punitiva.

ISSNe 2595-1602

2.3. A TEORIA DO VALOR DO DESESTÍMULO, O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E O MERO ABORRECIMENTO

Ab initio, a teoria do valor do desestímulo tem a mesma função do *punitive damage*, porém, essa primeira é a forma aplicada, no Brasil. Entretanto, o grande contraponto aplicado a essa teoria é exatamente o que iremos discorrer aqui, enriquecimento sem causa e o mero aborrecimento.

Na teoria do valor do desestímulo, aplica-se ao ofensor condenação a título de punição com a finalidade de não mais praticar os atos lesivos que o levaram a receber tal sanção, desestimulando, assim, o ofensor a reiterar as condutas praticadas.

Nesse entendimento, no item que antecede este, ao estudar os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, percebemos que em muitas vezes, ao realizar a aplicação da condenação; seja para majorar ou minorar, muito se fala que o valor do desestímulo é evitar novas práticas ilícitas do ofensor.

No que diz respeito ao enriquecimento sem causa, ora tido pela doutrina como enriquecimento ilícito, é a vantagem obtida de forma ilícita ou que não

tenha causa jurídica. A jurisprudência, na aplicação da indenização, fundamenta, que a desproporção e a não razoabilidade implicam no enriquecimento indevido.

O *códex* civil, de forma expressa, elucida sobre o enriquecimento sem causa em seu Artigo 884.

> "Art. 884 º. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

Neste deslinde, a doutrina explica que a "causa" na qual se refere o Artigo 884, CC, seria justamente a causa jurídica e, qualquer condenação sem a devida causa jurídica, constitui em enriquecimento sem causa/ilícito.

Na lição de Humberto Theodoro, "o enriquecimento sem causa se caracteriza sempre que o patrimônio de alguém for majorado, com a consequente diminuição do patrimônio de outrem, sem qualquer causa jurídica para isso"[xx]

Castro Neves (RT, 2006, p. 106) explica, "o direito não tolera que alguém receba vantagem, obtendo acréscimo patrimonial em detrimento de outrem sem uma causa jurídica, isto é, por meio de um ato que não seguir uma estrutura econômico-social reconhecida pelo ordenamento jurídico". (apud, THEODORO JUNIOR, 2016)[xxi]

Sendo assim, conforme já estudamos, existente a relação jurídica e presentes os requisitos da responsabilidade civil, não comporta lógica dizer que a aplicação da indenização, ainda que em valores altos, seria enriquecimento sem causa jurídica; até porque, a causa jurídica já foi reconhecida, sendo a condenação em dano moral ato reparatório ao dano causado.

Como visualizamos anteriormente, o STJ já aplicou sanções que variavam entre elas, desde os R$ 100.000,00 (cem mil reais) aos R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ressalte-se, todas com os devidos fatos e fundamentos de direito, ou seja, o Tribunal Superior já aplicou sanções que chegaram ao montante de meio milhão de reais, sendo todas causas jurídicas. Portanto, não se configura o enriquecimento ilícito no que diz respeito a aplicação da indenização por danos morais, quando reconhecida a causa jurídica pleiteada.

O mero aborrecimento ou mero dissabor é uma situação do cotidiano, razões de anormalidade suportável a qualquer pessoa, diga-se de passagem, seria o estresse com o transporte público cheio, buracos na via pública, supermercado lotado; em outras palavras, são fatos que costumeiramente estão presentes no dia a dia.

No que tange à reparação por danos morais, havia grande discussão na jurisprudência no que diz respeito à fixação do quantum, e, muitas vezes, este encontrava óbice na quantificação, confrontando-se diretamente com princípios muito utilizados para a limitação da aplicação do dano moral, qual seja, o enriquecimento sem causa e o mero aborrecimento.

O valor do desestímulo ou *punitive damage*, deve ser olhado por outros olhos e, por oportuno, uma apreciação melhor do judiciário.

Conforme estudamos no presente artigo, algumas empresas, mesmo sofrendo indenizações milionárias (BWM, Ford, McDonalds, entre outras), não

ISSNe 2595-1602

deixaram de produzir naquele determinado país, ou, simplesmente, fecharam as portas da fábrica/empresa/loja e saíram do Estado ou País, ao contrário.

Atualmente no Brasil, ainda há uma grande restrição quanto à aceitação do instituto norte-americano e a sua aplicação nos julgados, mas, com a evolução constante da responsabilidade civil, brevemente há de ser aceita a teoria, bem como o seu ajuste no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A HERMENÊUTICA E A ANALOGIA COMO CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Hodiernamente, no Código Civil em vigor, não há um dispositivo legal que traz a quantificação expressa do valor a ser arbitrado em caso de dano moral. E, aqui nesse ponto, muito se discute na doutrina, principalmente com relação às ações de cunho puramente moral.

O diploma civilista, no Art. 944, diz que a indenização se mede pela extensão dano, e, nesse ponto há um entrave, tanto da doutrina quanto da jurisprudência e isso acontece justamente porque em ações de caráter puramente moral não há como saber qual a extensão do dano. Conforme já visualizamos, mesmo em ações que tenham como objeto o dano material e moral, a jurisprudência ainda não expressa critérios para aplicação da indenização.

Concomitantemente, o Art. 12º do Código Civil prescreve que poderá reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções previstas em lei, quando houver ameaça ou lesão ao direito de personalidade. Entre outros artigos no Código Civil que prevê a indenização por danos, morais e materiais, mas não traz uma fórmula a fim de calcular a indenização devida.

Contudo, o direito brasileiro é rico pelos seus princípios, que em grande maioria, decorrem de outras legislações ou, ainda, bebem de outras fontes, como o direito romano.

Certo é que, no ordenamento jurídico pátrio, permite-se a aplicação hermenêutica sobre as leis, significa dizer que as leis são interpretadas por palavras, textos e até mesmo se a pontuação interfere no entendimento da legislação.

A palavra hermenêutica, de origem grega *hermeneúcein*, significa o ato de interpretar ou teoria da interpretação.

Nas palavras do jurista Paulo Nader, “interpretar é o ato de explicar o sentido de alguma coisa; é revelar o significado de uma expressão verbal, artística ou constituída por um objeto, atitude ou gesto”[xxii].

Por outro lado, a analogia é a semelhança entre duas coisas ou fatos que aparente são parecidos ou iguais.

ISSNe 2595-1602

Faz-se necessário este comentário, pois, iremos utilizar muito a interpretação da legislação neste último ponto e mais importante do artigo.

Como já mencionado neste item, o Código Civil apresenta uma lacuna muito grande quanto à fixação da indenização ou, ainda, acerca de um procedimento para realização do cálculo da indenização.

Teremos, portanto, com a finalidade de auxiliar na aplicação da indenização, um método que iremos chamar de sistema trifásico que consiste em: (i) fixação da indenização base, (ii) situações agravantes e (iii) aplicação do *punitive damage*. O critério adotado assemelha-se ao método de dosimetria da pena, trifásico, criado por Nelson Hungria.

Frise-se que, a forma de interpretação a ser exposta aqui não guarda qualquer similitude ao sistema tarifário, principalmente porque a condenação pode variar de acordo com o livre convencimento do juiz, não se atendo a um limite.

Cabal ressaltar que, a analogia deverá ser evocada quando a lei for omissa, exatamente como o caso em apreço da legislação civil.

Por oportuno, o critério utilizado não é ligado ao que dispõe o Código Penal brasileiro, qual seja, o de dias multa; apenas usa-se seu critério para estabelecer um marco de contagem quanto a indenização.

Passemos ao cálculo.

Inicialmente, será necessário saber o valor ou termo inicial da indenização. Sendo assim, com auxílio da legislação, descobriremos o valor a ser estabelecido na fase 1 do procedimento trifásico.

Art. 4 º, Lei 4.657 de 1942 - LINDB

> "Art. 4 º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Conforme demonstrado na legislação, o juiz decidirá utilizando a analogia, quando a lei for omissa.

Outrossim, traremos ao sistema trifásico os Artigos 49 º, segunda parte do *caput*, Art. 49 º, §1º, e 60, §1º do Código Penal

> "Art. 49 º – [...]. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".
>
> "Art. 49 º – *omissis*
>
> § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário".

ISSNe 2595-1602

> "Art. 60 º – Omissis
> § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo".

Com relação ao Artigo 49 º, ressalte-se, será levado em consideração apenas a segunda parte do artigo, ao que é pertinente ao nosso estudo, respectivamente.

Consoante ao exposto, o amparo constitucional que o constituinte trouxe na alínea "c", do inciso XLVI, do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, é no sentido de que a lei regulará a individualização da pena e adotará a multa como pena para quem cometer ilícito.

Importante frisar, lê-se condenação ao invés de pena a fim da melhor compreensão na esfera cível.

Art. 5º, XLVI – Constituição de 1998

> "Art. 5 º - omissis
>
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
>
> c) multa".

Ab initio, já podemos extrair: (i) na omissão da lei, o juiz decidirá conforme a analogia da lei; (ii) a fixação não será inferior a 10 (dez) e nem superior a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias; (iii) o valor do dia multa não será inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal e nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário, (iv) o aumento da multa será até o triplo se o juiz considerar ineficaz o valor, em virtude da situação econômica do réu e (v) a lei adotará a multa como critério de individualização da pena.

Nesse sentido, temos, então, o valor do salário mínimo federal no valor de R$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), em vigor de desde 01 de janeiro de 2019, por meio do decreto nº 9.661/19 e, quanto ao salário mínimo mensal de São Paulo[xxiii], o valor perfaz de R$ 1.183,33 (um mil, cento e oitenta e três reais e trinta e três centavos), em vigor desde 01 de abril de 2019, por meio da lei estadual de São Paulo nº 16.953/19[xxiv], sendo este último o maior salário mínimo vigente.

Sabe-se, portanto, como a lei é omissa quanto à fixação do valor referente à indenização por danos morais, conforme os requisitos apresentados acima, o valor inicial para o cálculo da indenização base não poderá ser inferior a R$ 394,44[xxv] (trezentos e noventa e quatro reais e quarenta e quatro centavos) e nem superior ao valor de R$ 5.916,65[xxvi] (cinco mil, novecentos e dezesseis reais e sessenta e cinco centavos).

ISSNe 2595-1602

Iniciaremos, nesse sentido, a fixação do valor base de indenização na 1ª fase.

No critério de fixação dos dias, por ser ato discricionário do juiz, deverá fazê-lo seguindo os critérios acima explanados.

A título de exemplo, fixaremos os dias multas em 75 (setenta e cinco), e, com relação ao valor, perfazendo a monta de R$ 4.550,00 (quatro mil, quinhentos e cinquenta reais), totalizando o montante de R$ 341.250,00[xxvii] (trezentos e quarenta e um mil, duzentos e cinquenta reais).

Como ainda há muita discussão com relação à tarifação no âmbito do dano moral, o sistema criado facilita no momento da quantificação da indenização, pois, ainda que o juiz utilize o valor máximo (R$ 5.916,65) e o multiplique pelo limite de dias, qual seja 365 (trezentos e sessenta e cinco), o valor final chegaria a R$ 2.159.577,25 (dois milhões, cento e cinquenta e nove mil, quinhentos e setenta e sete reais e vinte e cinco centavos), entretanto, certo é que o magistrado não aplicará este valor.

Ressalte-se, por oportuno, que é apenas a primeira fase e o valor "final" acima mencionado ainda pode aumentar.

Neste entendimento, o juiz tem um valor considerável para disseminar e estabelecer o quantum indenizatório.

Na 2ª fase, levar-se-á em consideração as agravantes e atenuantes.

Inicialmente, cumpre mencionar que o Código Civil não menciona sobre situações ou hipóteses de cunho agravante ou atenuante, sendo assim, utilizaremos o Código de Defesa do Consumidor em seu Artigo 76 º e, subsidiariamente, o Código Penal, em seu Artigo 61 º, I, primeira parte. Veja-se:

Art. 76 º, Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 76 º. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:
>
> I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;
>
> II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;
>
> III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

ISSNe 2595-1602

> IV - quando cometidos:
>
> a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior a da vítima;
>
> b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não;
>
> V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais

Art. 61 º, I, Código Penal:

> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena [...]:
>
> I - a reincidência;

Passada a primeira fase, obtida a pena a base, será calculada a agravante da pena e, nesse caso, como a finalidade é facilitar a fixação do quantum indenizatório, será multiplicado o valor, levando em consideração de qual(is) for(am) a(s) imputação(ões) ao ofensor.

A título de exemplo, utilizando o nosso valor de R$ 341.250,00 (trezentos e quarenta e um mil, duzentos e cinquenta reais) obtido na fase 1, verifica-se, portanto, se há alguma situação agravante da condenação.

Hodiernamente, o que se verifica é a pratica reiterada da conduta ilícita das empresas no mercado de consumo e que em muitas vezes ocasionam um dano ao ofendido. Nesse sentido, temos: (i) a causa de dano ao ofendido (Art. 76 º, II, CDC) e (ii) a reincidência (art. 61, I).

No cálculo da segunda fase, teremos o valor de R$ 682.500,00 (seiscentos e oitenta e dois mil e quinhentos reais) referente à multiplicação do valor obtido na primeira fase pelas duas circunstâncias agravantes.

Já na terceira fase, teremos apenas a aplicação do *punitive damage* que observará os seguintes requisitos: (i) - se o dano causado à vítima é um dano físico ou se tem caráter econômico; (ii) - se o dano é resultado de dolo, de fraude ou de grave negligência do réu; (iii) - se o dano é resultado de ações reiteradas por parte do réu ou se representa apenas um fato isolado; (iv) - também ser levada em conta a conduta do réu para verificar se é reveladora de absoluta falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem.

ISSNe 2595-1602

A fim de não incorrer em *bis in idem*, quando a empresa cometer conduta reiterada, ficará a cargo do magistrado estabelecer se utilizará como agravante o item (iii) do instituto *punitive damage* na terceira fase ou como agravante da segunda fase.

Para finalizar a terceira fase, levaremos em consideração o item (ii) e (iv), tendo em vista que utilizamos o item (iii) como agravante na segunda fase. Sendo assim, multiplicaremos o valor obtido na segunda fase por dois, sendo os critérios do *punitive damage* na última fase do procedimento trifásico, obtendo, portanto, o valor de R$ 1.365.000,00 (um milhão, trezentos e sessenta e cinco mil reais).

Obtemperando-se ao aludido, faz-se cabal mencionar que o sistema acima descrito visa ajudar na quantificação da indenização por danos morais, ressaltando que, ainda que meramente exemplificativo, o valor obtido ao final da terceira fase, por exemplo, não se compara ao valor arbitrado a título de *punitive damage,* no caso do McDonalds Co. v. Stella Liebeck.

Por derradeiro, caberá ao magistrado, *in casu* concreto, verificar os requisitos aplicáveis, rememorando sempre que a pena, a título de dano moral, tem caráter punitivo, preventivo e inibidor.

ISSNe 2595-1602

4. REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO

Na criação do presente artigo, foram utilizou-se de pesquisa bibliográfica em revistas jurídicas, artigos científicos, além de consultas em sites especializados. Por se tratar de tema muito discutido na doutrina e haver grande discussão jurisprudencial, cuidou-se de selecionar o melhor conteúdo e mitigá-lo a fim de trazer a melhor compreensão sobre o tema tratado àqueles que, mesmo não sendo da área jurídica, ao menos entenda o que está sendo abordado no presente trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que é possível a aplicação do *punitive damage* no judiciário brasileiro por guardar semelhança com o sistema de responsabilidade civil pátrio e, principalmente, conforme estudado neste trabalho, já é reconhecida pela Supremo Tribunal de Justiça a função punitiva do dano, bem como a função inibidora.

A temática que envolve a discussão referente à quantificação, hoje, ainda é muito assídua por ser o dano moral subjetivo e não se saber ao certo qual o

valor devido a dor experimentada pelo ofendido. Entretanto, espera-se que o presente artigo sirva de diretriz a fim de estabelecer entendimento uníssono na doutrina sobre o assunto, bem como o Superior Tribunal de Justiça pacificar entendimento nesse sentido.

6. REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, v. 3 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona filho.* – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade civil: volume único.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil.* 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil.* Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc14.pdf?d=636680468024086265

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *Danos morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa*. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6209

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por danos morais*. 4. ed., ver., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar – São Paulo: Saraiva, 2015.

Theodoro Junior, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

[i] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, v. 3 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona filho.* – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 60

[ii] Idem. p. 60

[iii] DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro.* Responsabilidade Civil, p. 52-54 apud, TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade civil: volume único.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

ISSNe 2595-1602

[iv] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil.* 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 5
[v] SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil.* Disponível em*:* http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc14.pdf?d=636680468024086265
[vi] SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *Danos morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa*, p. 203. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6209
[vii] SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *Danos morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa.* p. 204 Disponível em*:* https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6209
[viii] SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *Danos Morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa.* p. 212 Disponível em*:* https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6209
[ix] Site que disponibiliza o estudo de vários casos nos E.U.A, desde os tribunais regionais até a suprema corte
[x] Texto traduzido. Texto original: (*1) the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct, (2) the disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award, and (3) the difference between the punitive damages awarded by the jury and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases*. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/#tab-opinion-1961225
[xi] A análise foi baseada na tese de doutorado de Wendell Lopes Barbosa de Souza, citada algumas vezes, qual seja, *Danos Morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa*. São Paulo, 2013. p. 213. Disponível em*:* https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6209
[xii] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por danos morais*. 4. ed., ver., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44
[xiii] Ibidem. p. 44
[xiv] Os acórdãos utilizados para a análise do presente artigo, encontram-se em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ
[xv] REsp. nº 1.120.971/RJ, p. 4
[xvi] Caso Collor, comentado neste artigo.
[xvii] Theodoro Junior, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 39
[xviii] Ob. Cit. p. 44
[xix] REsp 1.120.971/RJ. Acórdão já analisado por este artigo.
[xx] Theodoro Junior, Humberto. *Ob. cit.* p. 190
[xxi] Theodoro Junior, Humberto. *Ob. cit., loc. cit.*
[xxii] NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 263
[xxiii] Quanto ao local de exemplo, foi utilizado o Estado na qual o autor reside. Lembrando que, cada Estado tem seu salário mínimo.
[xxiv] Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-16953-18.03.2019.html
[xxv] Valor do salário mínimo estadual dividido por três, referente a um trigésimo (R$ 1.183,33/3)
[xxvi] Valor do salário mínimo estadual multiplicado por cinco, referente a *5 (cinco) vezes esse salário*, conforme determina no texto de lei (R$ 1.183,33*5)
[xxvii] Valor referente a multiplicação de R$ 4.550,00*75

ISSNe 2595-1602

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ANÁLISE DAS MUDANÇAS ADVINDAS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881/2019 (MP DA LIBERDADE ECONÔMICA).

Francisco de Almeida Rissatto[1]

Thayna de Araújo Ferreira[2]

RESUMO

Este artigo planeia uma breve exploração acerca do incidente da desconsideração da personalidade jurídica e as limitações postas sobre cada espécime existente no universo jurídico em se tratando sobre pessoas naturais e jurídicas e o resguardo no que concerne a defraudação jurídica na distinção patrimonial tratada no diploma civil brasileiro de 2002 e Medida Provisória N° 881/2019.

Palavras-chave: desconsideração. Personalidade. Jurídica. Novidade. Legislativa.

ISSNe 2595-1602

[1] Acadêmico de direito na UNIP, estagiário de direito, franrissatto@gmail.com

[2] Acadêmica de direito na UNIP, estagiária de direito, thayna.trb@gmail.com

O universo jurídico é dotado de dois tipos de pessoas: naturais e jurídicas. Ambas com direitos e deveres, sendo que as diferenças são o início e plano de sua existência.

As pessoas naturais são os seres humanos propriamente ditos, assim, sua personalidade civil tem início com a vida, salvo os direitos do nascituro, e seu plano é a vida sensível. Já as pessoas jurídicas somente passam a existir com a vontade daqueles que as constitua, mediante o registro no respectivo órgão competente e existem tão somente no mundo jurídico.

As pessoas naturais ou jurídicas que constituem uma pessoa jurídica não se confundem, tanto é que as obrigações e responsabilidades são distintas, ademais cada uma têm seu próprio patrimônio.

Porém, tal distinção patrimonial pode ensejar o cometimento de fraudes. Com isso, a doutrina e jurisprudência criaram o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, para, sobretudo, impedir que valores fundamentais do próprio direito das sociedades seja defraudado com o recurso às próprias regras deste ramo do direito.

Dessa forma, por volta da década de 70, tal instituto começou a ser incorporado ao sistema jurídico brasileiro.

O diploma civil de 2002 incorporou esse instituto em seu art. 50, estabelecendo regras de aplicação e suas consequências. Entretanto, a MP Nº 881/2019 trouxe mudanças em diversos aspectos, passando a ter o seguinte texto:

> "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.
>
> § 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.
>
> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:
>
> I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
>
> II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e
>
> III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.
>
> § 3º O disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.
>
> § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.
>
> § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica."

ISSNe 2595-1602

Destarte, a primeira mudança é a aplicação dos efeitos da desconsideração somente em relação ao sócio que foi beneficiado direta ou indiretamente.

Razão assiste a referida mudança, uma vez que a aplicação da desconsideração tem o objetivo de preservar a empresa, que não será necessariamente atingida por ato fraudulento de um de seus sócios, resguardando os demais interesses que as envolvem, como o dos empregados, dos demais sócios, da sociedade.

De outro ponto, o legislador escolheu adotar o dolo como elemento subjetivo da prática do ato danoso.

Ocorre, porém, existir um contrassenso face ao art. 187, do CC e ao enunciado 37 do Conselho de Justiça Federal, os quais amparam a concepção objetiva quanto ao abuso de direito, ou seja, independe de culpa:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

“Enunciado 37. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico"

Outra mudança legislativa foi a objetivação dos atos aptos à aplicação da desconsideração, de modo que foi ampliado o entendimento sobre o “desvio de finalidade” e a “confusão patrimonial”, inclusive adotando a teoria objetivista de Fábio Konder Comparato.

Advém a “Confusão Patrimonial” ao passo que se confundem os negócios dos sócios com os da pessoa jurídica, conjunção em que sucede o abuso da personalidade jurídica, acarretando o desvio da finalidade com o objetivo de dissimular atos ilícitos. Trata-se neste modo, de “Desvio de Finalidade” a destinação inadequada de função que se faz um sócio detentor de liberdade de iniciativa dentro de uma pessoa jurídica quando assistido pelo abuso em face de destinação estranha a sua função.

Além disto, dentre as inovações legislativas, também está o rol das práticas que caracterizam a confusão patrimonial.

Dessa forma, o legislador norteou tal celeuma jurídica, entretanto, não restringiu somente às ali descritas, veja-se pelo inciso III, do §2º. Ampliando assim o poder decisivo do juiz no caso concreto.

Outrossim, o legislador normatizou aquilo que a doutrina e a jurisprudência já haviam consolidado, a saber, que a aplicação da desconsideração é excepcionalíssima e requer necessariamente o preenchimento de ao menos um dos requisitos, não sendo cumulativos portanto.

A MP trouxe ainda outra questão de cunho subjetivo para a aplicação do instituto, qual seja, uma atipicidade quanto ao desvio de finalidade, de modo que permitiu a alteração da finalidade original da atividade econômica.

Entretanto, tal alteração é antagônica a própria doutrina, porquanto diverge do fim para que a lei o concedeu e dos interesses jurídica e socialmente aceitáveis.

ISSNe 2595-1602

Resta claro, pois, que tal novidade legislativa trouxe contribuições importantes a esse instituto, que poderão ser utilizados doutrinaria e jurisprudencialmente, mesmo que a MP não se torne lei.

REFERÊNCIAS

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 12-24.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima - 6ª Ed. São Paulo: Forense, 2014.

MARTINS, Fran. Curso de direito comercial – 39ª Ed. São Paulo: Forense, 2016.

TRIUNFANTE, Armando Manuel. Desconsideração da personalidade jurídica — sinopse doutrinária e jurisprudencial. Coimbra: Julgar nº9, 2009.

TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória 881/2019 e as Alterações do Código Civil - Primeira Parte: Desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato – 2019 – Disponível em <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PRÁTICA DA DISTANÁSIA À LUZ DO CONSENTIMENTO INFORMADO.

Direito Civil – Responsabilidade Civil do Médico

Flávia Alcântara Fogaça Babora Mazari[1]

RESUMO

O avanço tecnológico na área médica tem sido utilizado para o prolongamento artificial da vida, o que leva à discussão da prática da distanásia, a morte em um processo lento, triste e alienante. O presente artigo tem como objetivo instigar reflexões acerca da autonomia dada ao paciente, para aceitar ou recusar tratamentos, com base no consentimento informado. Além de mencionar os efeitos jurídicos da manifestação de vontade através do testamento vital, mediante análise do discurso, porque mesmo sendo um documento jurídico, não está isolado de todo um contexto e caberá ao jurista interpretá-lo, proporcionando segunça, justiça e respeito à vontade do paciente. Nessa realidade, novos danos estão surgindo e não há como passar pelo assunto sem pensar na responsabilidade civil do médico diante da exigência do esforço terapêutico sob a premissa de se tentar tudo.

Palavras-chave: Distanásia, Consentimento Informado, Análise do Discurso, Responsabilidade Civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Advogada. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: flavia.babora@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da ciência médica tem trazido à existência remédios, cada vez mais poderosos, e o desenvolvimento de máquinas que cumprem a função de órgãos lesados, com respiradores, coração artificial, circulação extracorpórea, dentre outros. O que contribui para prolongar o estado terminal de uma pessoa, que não posssui mais chances de cura ou até mesmo de uma melhora.

Luciana Mendes Pereira afirma, "[...] no cotidiano dos hospitais, o recurso às novas tecnologias terapêuticas pode transformar a morte em um processo lento, triste e alienante" (apud Maria Claudia Crespo Brauner, 2012, p. 11)[1]. Ato considerado como Distanásia.

Em nome da autonomia concedida ao ser humano, capacidade inerente ao fato de ser pessoa racional, é concedido o poder de atuar com autodeterminação. E incorporado ao poder de decidir está o direito (prévio) de ser informado, princípio da boa-fé objetiva no direito privado.

Daí emerge o sentido do Consetimento Informado, expressão de maior autonomia atribuída ao paciente para aceitar ou recusar tratamentos, com base em esclarecimentos prestados pelo médico.

E um dos institutos criados para garantir a dignidade da pessoa humana, no final da vida, mesmo quando a capacidade de comunicação já estiver afetada é o Testamento Vital, documento que contém as diretivas antecipadas de vontade, indicando a que tipo de tratamento a pessoa deseja ser submetida.

A legalidade do Testamento Vital, no Brasil, está calçada na Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.995/2012[2], considerado como uma espécie do consentimento informado.

É muito importante considerar a idéia da análise da linguagem do Testamento Vital, que neste trabalho se baseou no estudo francês, porque mesmo sendo um documento jurídico, não está isolado de um contexto, pelo contrário, é atravessado por diversos discursos intrínsecos.

Aprender a interpretar na área jurídica, constribui para a correta aplicação do direito.

Em meio a todo esse processo, o médico precisa se utilizar do seu conhecimento técnico e habilidades de diálogo, para saber a hora de parar de investir na terapêutica, sendo uma decisão que o responsabiliza na esfera civil.

Portanto, o presente ensaio discute o reconhecimento da posição do paciente como protagonista e não objeto de tratamento, com a consequente atribuição de um direito de saber, acompanhado do direito de decidir o atendimento médico que deseja ter e a interpretação do seu discurso, por meio do Testamento Vital, mesmo quando já estiver fora das suas capacidades mentais. Nesse contexto, fala-se, também, na possibilidade de responsabilizar civilmente o médico pela prática da distanásia, ou seja, por prolongar o processo de morte do paciente, tornando o tratamento uma futilidade terapêutica.

ISSNe 2595-1602

2 TECNOLOGIZAÇÃO DA MEDICINA E A DISTANÁSIA

Em meio ao avanço da tecnologia, as pessoas se acostumaram com a ideia de que a medicina pode resolver todo e qualquer sofrimento, além de prolongar a vida acima da expectativa.

Mesmo sabendo que a morte é a única certeza da consciência humana, poucos conseguem pensar no assunto ou estar preparados para viver esse momento. Até o testamento para disposições patrimoniais é pouco utilizado no Brasil.

Em Eclesiastes 3:11, a Bíblia afirma, "Deus pôs no coração do homem o anseio pela eternidade"[3].

Pessoas, em geral, não têm preparo para lidar com a morte, assim como os profissionais da saúde, que normalmente se peocupam muito mais com a doença do que com o paciente, presumindo que qualquer ser humano preferirá o prolongamento de sua vida, independente do sofrimento causado a ele mesmo ou à família.

A palavra Distanásia no dicionário traz um conceito de "morte lenta com excesso de dor e angústia".

Ocorre que para o médico dicidir que não irá mais investir na terapêutica, porque não há possibilidade de cura para o enfermo, deverá lidar internamente com o sentimento de impotência, pois tal ato contraria sua formação acadêmica, tendo em vista que foi treinado para curar pacientes.

Tanto é que o termo Distanásia também tem sido substituído por obstinação terapêutica, futilidade terapêutica e esforço terapêutico.

Ao invés de prolongar a vida da pessoa, na verdade, está prolongado o processo de morte dela.

De acordo com os valores existenciais de cada um (subjetividade), fé, cultura e religião, viver o período de terminalidade da vida, pode ser mais ou menos difícil, assim, deve ser respeitado o modo como cada um entende este enfrentamento.

Existe outro conceito, que se refere à "morte no tempo certo", chamado ortotanasia, ou seja, sem prolongamentos desproporcionais. É aceitar o processo de morte, oferecendo tudo o que for necessário para o conforto e alívio das dores, mas sem o prolongamento de tratamentos abusivos que trariam sofrimentos adicionais.

Desde a metade do século XX, surgiu uma nova relação médico-paciente, podendo agora o paciente ter vez, expressar suas angústias e apresentar dúvidas, ou seja, o médico não pode mais decidir sozinho sobre a condução do tratamento de um paciente. Aliás deve deixá-lo ciente e esclarecido para que escolha livremente ao que deseja ser submetido.

Segundo Luciana Dadalto:

ISSNe 2595-1602

> A tomada de decisão precisa ser resultado de uma atividade dialógica entre médico e paciente, entendido o diálogo como oportunidade de cooperação entre duas pessoas que, mesmo sendo portadoras de histórias biográficas e formações profissionais diferentes, sabem cultivar o respeito mútuo e o reconhecimento incondicional da dignidade do ser humano[4].

Um dos maiores dilemas ocorre quando o paciente não possui mais condições de expressar sua vontade, e a família exige esforço terapêutico sob a premissa de "ter lutado com todas as armas possíveis". É nessa hora que o médico precisa se utilizar de conhecimento técnico e habilidades dialógicas para explicar à família que o prolongamento artificial da vida não é mais adequado.

Quando se pensa em distanásia, até que ponto prolongar a vida é um dever? Até o ponto em que a vida valha a pena ser vivida? Esta é uma decisão que o médico precisa tomar junto com o paciente, quando a terapia passa a não cumprir mais com o seu objetivo.

Pois a morte é inevitável para todos e quando a terapia não tem mais eficácia e não está mais conseguindo preservar a saúde do paciente, o tratamento torna-se uma futilidade. Talvez nesse momento, seria mais digno parar com o que é inútil e intensificar esforços para diminuir a dor e o desconforto de morrer.

3 CONSENTIMENTO INFORMADO E TESTAMENTO VITAL

ISSNe 2595-1602

O que mais se verifica na atualidade são doentes com uma postura ativa em relação ao médico, previamente à consulta, ele já buscou informações sobre os sintomas que lhe perturbam, seja conversando com outras pessoas ou por sítios na internet.Ao se encontrar com profissional, vem acompanhado das mais complexas dúvidas ou então de convicções já formadas em sua mente, diferente de pacientes dos tempos passados, submetidos ao pensamento paternalista, de que somente a autoridade médica poderia entregar um veredito determinante à sua vida, que seria aceito passivamente, numa relação essencialmente hierárquica.

A liberdade de atuação do indivíduo para além da disposição de seu patrimônio dá origem ao que se chama de autonomia privada, em que o paciente tem livre-arbítrio garantido pela dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada faculta à pessoa respeito à sua individualidade, para que destine a vida conforme os valores, cultura e crenças que em si estão impressas, podendo viver os direitos da própria personalidade humana, que ganhando liberdade, incluem os direitos à vida, à integridade psicofísica, à saúde, etc.

Sobre o tema, consta na obra de Flávio Tartuce (apud Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, 2014, p. 234):

> São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística

> ou literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)[5].

Na relação médico-paciente, sob o advento de novas perspectivas, Adriano Marteleto Godinho (2018, p. 481) afirma:

> A diretiva intitulada "elementos fundamentais da relação médico-paciente", formulada pela "American Medical Association" em 1990, consagra a noção de que uma intervenção biomédica só pode ser levada a cabo depois que o paciente tenha sido informado de que proposito, natureza, riscos e consequências, e tenha consentido livremente". Por sua vez, agora em âmbito internacional, a declaração de direitos do paciente da Associação Médica Mundial, de 1981, determinou que "o paciente tem direito de autodeterminação para tomar livremente as decisões que lhe concernem. O médico informará ao paciente as consequências de suas lesões"[6].

Daí surge o sentido de "consentimento informado", referente à autonomia dada ao paciente para receber informações esclarecidas pelo médico sobre procedimentos a que será submetido, seus riscos, vantagens e desvantagens, além de informações que deseje para formar um convencimento e decidir se aceita ou recusa o tratamento.

Assunto recente tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o consentimento informado coloca o paciente na postura de protagonista, como sujeito e não objeto de tratamentos, atribuindo a ele o direito de saber e decidir sobre os rumos do atendimento médico.

Autononia, na etimologia grega, significa *autós* (próprio) e *nomos* (lei), para denotar a criação de uma norma a si próprio. Dessa forma, tem aunomia quem tem a possibilidade de escolher seus designios, criando ou aderindo voluntariamente às regras que regerão a sua vida, a partir de opções e informações que permitam uma decisão segundo uma reflexão.

Da mesma forma que o médico tem o dever de agir de forma técnica e correta, também deve informar de forma adequada, suficiente, clara e objetiva tanto os pacientes, quanto os representantes legais, e essas obrigações podem lhe gerar responsabilidades.

Segundo Flaviana Rampazzo Soares:

> O médico deve esclarecer quanto ao diagnostico, prognóstico, opções de tratamento, custos e riscos envolvidos, explicitando questões que não sejam de conhecimento comum e que sejam necessárias ao exercício do direito de decisão do paciente, apresentando opções possíveis, caso existam, até mesmo informando sobre instalações disponíveis, e demais condições de atendimento (por exemplo, na telemedicina, há esclarecimentos importantes a serem feitos ao paciente quanto aos riscos envolvidos nesse tipo de atendimento, e que são mais amplos que aqueles admissíveis no atendimento presencial)[7].

A linguagem utilizada pelo médico deve ser cuidadosa, considerando fatores como idade, nível de instrução e discentimento, para definir qual conduta será tomada, podendo o paciente rejeitar o tratamento.

A medicina deixa de ser entre estranhos e passa a ser entre próximos, considerando a relação médico-paciente.

ISSNe 2595-1602

O consentimento informado é o gênero, consistindo no aceite ou recusa de um tratamento. No caso de doença grave em progressão e fora da possibilidade de reversão, o paciente pode apresentar suas diretrizes antecipadas de cuidados à vida, utilizando-se do Testamento Vital.

O Testamento Vital é um instrumento que demonstra a exteriorização da vontade de uma pessoa sobre o fim de sua vida. E para que tenha validade e produza efeitos, o paciente deve ser capaz para manifestar o seu desejo livremente, prestada a informação adequada pelo médico, com a sua manifestação de vontade propriamente dita.

Segundo Luciana Pereira (apud Rodrigues Junior, 2015, p. 382), pode-se chamar de Testamento Vital:

> Uma declaração de vontade emitida por uma pessoa natural, em pleno gozo de suas capacidades, cujo conteúdo é uma autorização ou restrição total ou parcial à submissão do declarante a certos procedimentos médico-terapeuticos, na hipótese de não mais ser possível, emitir esse comando, em face da perda de autodeterminação, seja por lesões cerebrais, seja por ele se encontrar em estado terminal[8].

Dessa forma, o Testamento Vital classifica-se como espécie do consentimento informado.

Em Portugal, as Diretrizes Antecipadas de Vontade são consideradas gênero e Testamento Vital e Mandato para cuidados de saúde são espécie. Existe, também, a possibilidade de se nomear um representante, documentalmente reconhecido como procurador de cuidados de saúde.

O Testamento Vital deve ser feito preferencialmente por escrito, assim, o profissional da saúde terá o dever de respeitar a determinação dada, não agindo de forma imprudente e deixando de realizar algum tratamento. Mas nada impede, por enquanto, que ao estar impossibilitado de expressar-se por escrito, seja feito de forma oral.

Ainda não existem leis no país que regulamentem o ato. O Conselho Federal de Medicina criou a Resolução 1995/12, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade, em virtude de conflitos da profissão médica que estavam surgindo.

Essa declaração para o fim da vida, pode ser lavrada em escritura pública, diante de um notário, para garantir a sua segurança jurídica.

Luciana Pereira (apud Luciana Dadalto, 2013) sugere:

> [...] a criação de um banco nacional de declarações de vontade dos pacientes em fim de vida, para possibilitar uma maior efetividade no cumprimento da vontade do paciente, para que esta não seja inócua. Em havendo um registro nacional, qualquer que seja o lugar em que estiver o paciente, o médico poderá saber se há testamento vital, além de ter acesso ao seu conteúdo, para saber o proceder[9].

Cabe ao médico oferecer intervenções alternativas ao paciente, mas se a opção dele for a recusa, o profissional tem obrigação de respeitar, por mais que não concorde.

ISSNe 2595-1602

Indepedente de formalidade pública, é recomendável que a declaração seja anexada ao prontuário médico, para que todos saibam das diretivas de vontade do paciente.

Sobre o tema, Luciana Mendes Pereira (apud Nunes e Melo, 2011, p. 160), esclarece:

> [...] o testamento de paciente é um documento escrito, redigido por um indivíduo capaz à data da sua assinatura [...] o testador declara que, no caso de se encontrar inconsciente ou com anomalia psíquica que o torne incapaz de governar a sua pessoa, deseja receber ou não receber determinado (s) cuidado (s) médico (s). O testador pode, portanto, expressar declarações de vontade de sentido diferente: o indivíduo declara que, se perder temporária ou definitivamente a capacidade de expressar a sua autonomia, consente ou não consente na realização de determinada internenção ou tratamento. [10]

Existindo uma vontade expressa, se o médico não a respeitar e ferir a sua liberdade de autodeterminação, haverá responsabilização no campo jurídico.

3.1 ANÁLISE DE DISCURSO DO TESTAMENTO VITAL

Os cuidados da área da saúde também se manifestam pela linguagem. Por este meio, os pacientes em tratamento desejam que a sua situação seja compreendida, compartilhando pensamentos e desejos com as outras pessoas.

Pereira e Castro afirmam:

> Consideramos que também na exposição das diretrizes antecipadas de vontade a sensibilidade da escuta de quem a recebe tem grande importância, não somente enquanto registro da narrativa, mas precisamente no valor terapêutico de estar sendo realmente ouvido, ter uma vontade acolhida, e principalmente de poder falar sobre a morte, [...][11]

Quando a pessoa expressa o seu pensamento sobre a morte, este vem carregado de convicções, sentimentos, desejos, que nem sempre serão os mesmos da pessoa que a ouve.

Até porque a linguagem não é opaca e possui certa espessura, assim, o discurso é submetido à possibilidade da não compreensão ou até de equívoco. Por isso, ele deve sempre ser recebido sem julgamento e acolhido de forma incondicional. O que dá ao paciente a liberdade de falar sobre as diretrizes de vontade e colocar para fora todos os seus anseios.

A análise do discurso pela linha da francesa, desenvolvida pelo filósofo Michel Pêcheux, fundamenta a compreensão do *corpus* de uma fala, para que esta seja interpretada em sua totalidade. Observando a presença de elementos sociais de classe, formação social, os modos de produção, posição de classe e ideologia, que são base para o que é dito e explicam o não dito, fundamentados no materialismo histórico (Marxismo), na Psicanálise e na Linguistica.

O *corpus* é dividido em experimental e de arquivo. O primeiro é o sentido de um desejo obtido por meio de conversa, respostas a um questionário e outras

ISSNe 2595-1602

formas de recolher informações. E o segundo se obtém por meio de documentos que falem de determinado assunto.

Considerando a análise de um testamento vital, estará em foco o *corpus de arquivo*, que estuda as práticas do discurso em diferentes naturezas. Não havendo como o objeto empírico ser esgotado.

Testamento remete à morte e vital remete à vida, são palavras contrárias que se relacionam, produzindo sentido. Carrega uma oposição semântica morte x vida. E o que o testador deseja é o não prolongamento de sua vivência, de forma artificial, para que não se submeta a sofrimentos físicos, psíquicos e espirituais, por meio de tratamentos inúteis, sendo que sua condição é irreversível. Assim, fará com que a família, também, aceite a situação, sem forçá-lo a participar de um procedimento ineficaz.

Por meio deste instrumento, o paciente, em vida e dentro de suas capacidades mentais, deixará expresso quais cuidados deseja para o momento da terminalidade, por exemplo, se deseja ir à Unidade de Tratamento Intensivo; se deseja ser reanimado, caso venha a ter uma parada cardíaca; quem quer ter ao seu lado; local em que prefere ser cuidado ou até morrer, etc.

Sentimentos antagônicos de morte e vida juntos, mas vale acreditar que uma morte digna faz parte de uma vida digna. Viver da melhor maneira até o fim é o que justifica o Testamento Vital.

Um documento com valor técnico e jurídico que coloca o locutor na condição de sujeito da história, que permite a identificação de outros discursos dentro de um só, quando se constatam convicções jurídicas, humanas, médicas, relogiosas e familiares, juntas.

Assim, nunca será apenas um meio de comunicação, mas carregará outros sentidos consigo, que juntos formam o *corpus.*

A análise da subjetividade permite encontrar outras intenções dentro de uma só fala, pois nunca será autônoma e isolada de um contexto.

A dor física, se for intensa, pode levar a pessoa a pedir a própria morte, de forma rápida. Certamente há, também, a dor psíquica, sobre enfrentar a morte, não havendo mais esperanças, sonhos, tendo que redefinir seu modo de enxergar o mundo; A dor social pode fazer com que a pessoa deseje estar acompanhada de quem ama nesse processo. Um pai doente até aceita ser cuidado pelo filho. E vale considerar que um lugar de paz, ao lado dos seus, muitas vezes, é melhor do que um lugar de grito, dor e desespero, acompanhado de visitas com horários controlados. Pois apesar da pessoa estar diferente de quando tinha saúde, ainda estará naquele corpo.

Em muitas pesquisas feitas, consideram-se, ainda, as questões espirituais, que são uma das três maiores necessidades de um enfermo em estado terminal e de sua família.

Conceitos de linguagem são uteis aos estudiosos do direito para formar uma convicção relevante à análise de um discurso.

ISSNe 2595-1602

Segundo Luciana Pereira:

> Para a análise do discurso, o que é transmitido pelo processo comunicativo não é, apenas, transmissão de informação, existindo todo o processo decorrente da relação entre sujeitos e a produção dos sentidos. Dessa maneira, a subjetividade é a forma como o homem se constitui como sujeito, efeito que se significa por meio da linguagem. Portanto, para análise do discurso, o sujeito é conceito essencial para a própria compreensão do discurso[12].

Interpretar um discurso na área jurídica contribui para a correta aplicação do direito, pois se alcança um entendimento subjetivo, identificando diferentes intenções, dentro do que está sendo comunicado.

O Estudo da linguagem expressa e o direito, apesar de disciplinas diferentes, se encontram em um ponto especial: o discurso do sujeito, entrelaçado em suas relações sociais. Por isso, sempre haverá a interface de um discurso com suas representações sociais.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prática de responsabilidação do médico remonta ao Código de Hammurabi (1790-1770 a.C), em que os castigos por erro seriam aplicados contra o órgão considerado culpado, ou seja, a sua mão. Podendo chegar até à amputação dela.

A relação médico-paciente é mais uma das relações jurídicas existentes no país, vista como um contrato sui generis, uma vez que alia aspectos existênciais e patrimoniais.

A jurisprudência parte da clássica diferenciação de obrigação de meio e de resultado para falar os deveres inerentes ao médico. Em casos de procedimentos de caráter estético, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que geram obrigação de resultado, tratando-se de Responsabilidade Objetiva.

Na atualidade, novos danos estão surgindo e isso tem refletido na responsabilização do médico. Como a perda de uma chance de cura, por negligência informacional e técnica, o que leva à discussão da prática da distanásia.

Saber a hora de parar de tratar o paciente é uma das mais ameaçadoras decisões que o médico tem a tomar. Mas vem ganhando espaço, em meio aos profissionais da saúde, a ideia de futilidade terapêutica.

Luciana Dadalto afirma que o Código de Ética e Deontologia Médica da Organização Médica Colegial da Espanha estabelece que a prática do esforço terapêutico é infração ética, mas não há lei punindo civil e criminalmente os médicos por essa prática[13]. Portanto, há violação à ética médica quando o profissional da saúde pratica a distanásia.

Além do mais, a autonomia dada ao paciente para deliberar sobre questões envolvendo o seu tratamento de saúde vem se consolidanto. O Código de Ética Médica e a Resolução do Conselho Federal de Medicina têm se modificado acerca do assunto, em relação às diretivas antecipadas de vontade.

ISSNe 2595-1602

O Art. 15 º do Código Civil está entre os direitos da personalidade; expõe que "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica"[14]. Valorizando o princípio da beneficência e não da maleficência, esperando que sempre o melhor seja feito para aquele que está sob os cuidados médicos.

Ainda na VI Jornada de Direito Civil (2013), foi aprovado o Enunciado n º. 533, em que "O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos"[15].

Como não há legislação para discutir a responsabilidade Civil do Médico pela prática da distanásia seria necessário primeiro desenvolver uma investigação minunciosa se a futilidade terapêutica é algo a ser prevenido, fundamentado no direito Constitucional à liberdade, à autonomia, ao respeito e à vida.

No Brasil, há uma série de fundamentos para condenar um médico a indenizar a família da vítima pela prática deste ato, uma vez que existe claramente o dano, necessidade de reparação e de evitar que a conduta se repita.

A responsabilidade Civil, cada vez mais, é amparada pelo binômio dano x reparação.

O Código Civil define o ato ilícito em seu Art. 186 º, da seguinte forma: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"[16].

Assim, ato ilícito é aquele praticado em desacordo com a norma jurídica destinada a proteger interesses alheios, violando direito subjetivo individual e causando prejuízo a outrem, o que gera dever de reparar.

Acerca da responsabilidade civil, a matéria é tratada no Art. 927 º, do mesmo diploma legal: "Aquele que, por ato ilícito (Arts.186 º e 187 º), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"[17].

Talvez a judicialização da obstinação terapêutica é uma solução para mudança de mentalidade, para que a pessoa não seja submetida a sofrimentos físicos, psíquicos e espirituais, por meio de tratamentos inúteis, sendo que sua condição é irreversível e tudo isso deve consentir pacificamente. Pois nenhum ser humano será eterno. A morte é a única certeza da vida. E deixar de praticar a distanásia não significa provocar a morte da pessoa, mas parar de investir em tratamentos ineficazes, quando há a possibilidade de investir em um processo de morte sem sofrimento e sem dor, mediante cuidados paliativos.

Segundo Luciana Dadlto, "a história da responsabilidade civil médica demonstra que o Poder Judiciário, ao condenar o profissional por determinada prática, favorece a diminuição dos atos danosos".

Por outro lado, para a bioética, além da responsabilização dos médicos, é necessário que exista uma mudança de mente sobre o assunto do prolongamento da vida.

ISSNe 2595-1602

4.1 DEONTOLOGIA MÉDICA E A DISTANÁSIA

A palavra distanásia não é encontrada em resolução do conselho Federal de Medicina (CFM), nem no Código de Ética Médica, mas isso não significa que seja autorizada tal prática.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.805/2006, em seu Artigo 1°, permite ao médico "limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável (...)"[18].

A Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.156/2016, em seu Artigo 3°, Parágrafo 5°, fala sobre a admissão do paciente na Unidade de Terapia Intensiva e que os pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação, não são apropriados para admissão em UTI, cabendo ao médio intensivista analisar o caso concreto e justificar em caráter excepcional[19].

O Código de Ética Médica, em seu Artigo 35 º, veda ao médico se exceder no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos[20].

O Artigo 41 º, ainda, dispõe:

> Art. 41 º. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
>
> Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnosticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Na segunda parte do parágrafo único, verifica-se a proibição da distanásia, quando afirma que o médico não deve empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas.

Apesar de não ter legislação sobre o tema, existem normas que proíbem o ato.

5 CONCLUSÃO

As pessoas, em geral, não têm preparo para lidar com a morte, assim, o avanço tecnológico na área médica tem sido utilizado para o prolongamento artificial da vida, sob a premissa de que essa sempre será a opção escolhida, independente do sofrimento causado ao paciente ou à família.

Diante dessa realidade, novos danos estão surgindo e isso tem refletido na responsabilização do médico, o que leva à discussão sobre a prática da distanásia, a morte em um processo lento, triste e alienante.

A viragem do modelo paternalista, que colocava o médico como dono de um veredito determinante à vida, para um espaço de liberdade de escolha, atribuiu ao paciente o poder de aceitar ou recusar determinados procedimentos terapêuticos, com base em esclarecimentos prestados pelo profissional, sobre a natureza da

ISSNe 2595-1602

intervenção, os riscos, contraindicações e demais elementos que formem a livre convicção. Daí emerge o conceito de consentimento informado e a possibilidade de elaboração de um Testamento Vital, manifestando a vontade do paciente para o momento de terminalidade da vida.

Documento que mesmo sendo técnico e jurídico, é tocado por muitos desejos. A análise do discurso francesa fundamenta a compreensão do *corpus* de uma fala, para que esta seja interpretada em sua totalidade, pois um discurso nunca é autônomo, isolado de um contexto, mas vem agarrado a um emaranhado de ideias, que mesmo intrínsecas demonstram pensamentos humanos, religiosos, psíquicos, familiares, dentre outros.

O estudo da linguagem expressa e o direito, apesar de disciplinas diferentes, se encontram em um ponto especial: a comunicação do sujeito, entrelaçado em suas relações sociais.

Essa interpretação na área jurídica, como algo que será permanente a uma vida, contribui para a correta aplicação do direito, ois se consegue um entendimento subjetivo, identificando diferentes intenções, dentro do que está sendo apresentado.

O Código de Ética Médica e a Resolução do Conselho Federal de Medicina têm se modificado acerca do assunto, em relação às diretivas antecipadas de vontade. E apesar de ainda não ter sido judicializada a distanásia, percebe-se que existe estrutura suficiente para condenar o médico a indenizar a família do paciente, por tal prática.

Situação que o responsabiliza a saber a hora de parar de investir em obstinações terapêuticas, mesmo que isso contrarie a sua formação e a pressão de familiares.

Apesar de tudo, necessário é mudar o entendimento sobre o prolongamento artificial da vida. Deixar a pessoa ir para onde ela tiver que ir, longe dos domínios do outro e do controle racional.

ISSNe 2595-1602

NOTAS EXPLICATIVAS

[1] PEREIRA, Luciana Mendes. Testamento Vital: à luz do direito e análise do discurso. Curitiba: Jaruá. 2018. p.38.

[2] Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.995, de 31 de Agosto de 2012. [consulta em: 02 de Junho de 2019] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>.

[3] Eclesiastes. Português. In: Biblia de estudo facilitado. Notas de Philip Yancey e Tim Stafford; traduzido por Daniel Faria. São Paulo: Mundo Cristão, 2013, p. 826–839.

[4] DADALTO, Luciana. SAVOI, Cristiana. GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão. Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017, p. 152.

[5] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 231.

[6] GODINHO, Adriano Morteleto. << A responsabilidade Civil dos Profissionais da Saúde pela Violação da Autonomia dos Pacientes>>. In. ROSENVALD, Nelson, et al., Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. ISBN: 978-85-8242-241-0. p. 481.

[7] SOARES, Flaviana Rampazzo. <<Consentimento Informado: Panorama e Desafios>>. In. ROSENVALD, Nelson, et al., Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. ISBN: 978-85-8242-241-0.p. 496.

[8] PEREIRA, Luciana Mendes. Testamento Vital: à luz do direito e análise do discurso. Curitiba: Jaruá. 2018. p.35.

[9] Ibidem. p.55.

[10] Ibidem. p.53.

[11] PEREIRA, Pâmela Cristina Salles; CASTRO, Déborah Azenha. Testamento Vital e o viver-com-o-outro: um caminho para refletir sobre a morte. Londrina: Terra e Cultura. Edição especial. 2014. p. 107.

[12] PEREIRA, Luciana Mendes. Testamento Vital: à luz do direito e análise do discurso. Curitiba: Jaruá. 2018. p.156.

[13] DADALTO, Luciana. <<Investir ou Desistir: Análise da Responsabilidade Civil do Médico na Distanásia>>. In. ROSENVALD, Nelson, et al., Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. ISBN: 978-85-8242-241-0.p. 509.

[14] BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Diário Oficial da União, 11, jan, 2002.

[15] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume único. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 276.

[16] BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Diário Oficial da União, 11, jan, 2002.

[17] Ibidem.

[18] Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.805, de 28 de Novembro de 2006. [consulta em: 30 de Maio de 2019]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>,

[19] Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.156, de 17 de Novembro de 2016. [consulta em: 30 de Maio de 2019] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>.

[20] Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.217, de 27 de Setembro de 2018 (Código de Ética Médica). [consulta em: 30 de Maio de 2019] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Biblia de estudo facilitado. Notas de Philip Yancey e Tim Stafford; traduzido por Daniel Faria. São Paulo: Mundo Cristão, 2013.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Diário Oficial da União, 11, jan, 2002.

Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.805, de 28 de Novembro de 2006. [consulta em: 30 de Maio de 2019]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>

Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.995, de 31 de Agosto de 2012. [consulta em: 02 de Junho de 2019] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>.

Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.156, de 17 de Novembro de 2016. [consulta em: 30 de Maio de 2019] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>.

Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.217, de 27 de Setembro de 2018 (Código de Ética Médica). [consulta em: 30 de Maio de 2019] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>.

DADALTO, LUCIANA. SAVOI, Cristiana. GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão. Tratado brasileiro sobre direito fundamental à morte digna. São Paulo: Almedina, 2017.

___. <<Investir ou Desistir: Análise da Responsabilidade Civil do Médico na Distanásia>>. In. ROSENVALD, Nelson, et al., Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. ISBN: 978-85-8242-241-0.

Dicionário Online. [Consulta em 01 de Junho de 2019]. Disponível em:<https://www.dicio.com.br/pesquisa.php?q=DISTAN%C1SIA>.

GODINHO, Adriano Morteleto. << A responsabilidade Civil dos Profissionais da Saúde pela Violação da Autonomia dos Pacientes>>. In. ROSENVALD, Nelson, et al., Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. ISBN: 978-85-8242-241-0.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico: à luz da jurisprudência comentada. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, Antonio Marcos Tosoli. Análise de discurso francesa e a teoria das representações sociais: algumas interfaces teórico-metodológicas. (2015) 1-16. atual. [Consulta em: 01 de Junho de 2019]. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/psisabersocial/article/download/17558/12958. Doi: 10.12957>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN: 978-85-53607-01-3

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.ISBN: 978-85-203-4764-5

PEREIRA, Luciana Mendes. Testamento Vital: à luz do direito e análise do discurso. Curitiba: Jaruá. 2018. ISBN: 978-85-362-7581-9

ISSNe 2595-1602

PEREIRA, Pâmela Cristina Salles; CASTRO, Déborah Azenha. Testamento Vital e o viver-com-o-outro: um caminho para refletir sobre a morte. Londrina: Terra e Cultura. Edição especial. 2014.

PESSINI, Léo. <<Distanásia: Até quando investir sem agredir?>>. (2009) 1-9. atual. [Cosulta em 31 de Maio de 2019]. Disponível em: <revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/394/357>.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. <<Consentimento Informado: Panorama e Desafios>>. In. ROSENVALD, Nelson, et al., Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. ISBN: 978-85-8242-241-0.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v.1: Lei de introdução e parte geral. 12 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN: 978-85-309-6758-1

___. Manual de Direito Civil: Volume único. 5 ed. ver, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. ISBN: 978-85-309-6210-4.

___. Direito Civil. v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. ISBN: 978-85-309-6759-8.

ISSNe 2595-1602

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FERRAMENTA DO CPC PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI ANTICORRUPÇÃO E DO LEGADO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA "OPERAÇÃO LAVA JATO"

Direito Civil – Responsabilidade Civil

Rodolpho Freitas de Sousa [1]

Matheus Henrique Braga de Morais[2]

RESUMO:

Com o mundo cada vez mais globalizado, os ilícitos também tendem a ultrapassar fronteiras, não ficando circunscritos a uma determinada jurisdição de um Estado. A corrupção tem se tornado uma epidemia social, política e econômica não somente em um determinado país, mas tem se alastrado por todos os países do globo. O presente artigo busca analisar a importância e o impacto da Cooperação Jurídica Internacional como ferramenta do CPC no combate à corrupção, analisando seu legado na "Operação Lava Jato", trilhando o caminho pelo exame dos institutos da desconsideração da personalidade jurídica e pelo estudo da gênese da Responsabilidade Civil e, por fim, pela aplicabilidade desses institutos como colaboradores da Cooperação na referida operação, através do respaldo da Lei 12.846/2013.

Palavras-Chave: Cooperação jurídica internacional. Operação lava jato. Responsabilidade Civil. Desconsideração da personalidade jurídica.

ISSNe 2595-1602

[1] Bacharel em Direito pela UNIFESO – Centro Universitário Serra dos Órgãos.

[2] Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Estagiário lotado na 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

As intensas mudanças após o período entre guerras e, posteriormente, à guerra fria, culminaram em um mundo altamente globalizado, conectado e em ebulições constantes de temas que se tornam atuais e merecem discussão, seja pelo ordenamento jurídico de determinado país, seja pela comunidade internacional.

Fato é que as fronteiras constituídas na formação dos Estados Modernos parecem perder cada vez mais força, o modelo geopolítico do mundo tem sofrido mutações e, consequentemente, o ordenamento jurídico tende a acompanhar. À medida que os países se interligam junto com os modernos meios de comunicação, torna-se cada vez mais cintilante a necessidade da cooperação entre Estados soberanos, principalmente no que tange à problemática jurídica.

Já não é mais possível um ataque terrorista a milhares de quilômetros de distância passar despercebido ante vários países, já não é mais possível uma mera empatia com conflitos internacionais, pois, graças a essa potência de relações e globalizações, os países encontram-se cada vez mais conectados.

As empreitadas jurídicas de cada nação, caso não existam pontes internas e externas capazes de encontrar uma solução para a lide, acabam por se tornar uma ilha isolada. É por essa razão que a cooperação diplomática vem evoluindo para uma cooperação jurídica internacional, cooperação essa que usando das atribuições de cada Nação vem a criar mecanismos úteis para a plena eficácia da jurisdição local, e também do fazer valer a justiça em união com diversos órgãos de diferentes países.

O presente trabalho se torna atual em ansiar pela busca de respostas que apresentará os bastidores do combate à corrupção no Brasil pela ótica da cooperação jurídica internacional, mecanismo fundamental não apenas pela busca da justiça e validação da cidadania, mas também como meio de estreitar laços diplomáticos em mútua colaboração com outros Estados soberanos.

Analisaremos a aplicação dos institutos da Cooperação Jurídica Internacional, do incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Responsabilidade Civil dentro de uma das maiores operações jurídico-policiais da atualidade brasileira, a “Operação Lava Jato”, com o intuito de buscar desenvolver a aplicação de institutos tão importantes e demonstrar os resultados obtidos por meio da Cooperação no combate a crimes de colarinho branco, envolvendo políticos, doleiros, partidos, empresários brasileiros, e também de outras nacionalidades.

Buscaremos apresentar, na Seção 1, o conceito e os institutos da Cooperação Jurídica Internacional, com a visão da mais douta doutrina acerca do tema, e também pela visão prática do Ministério Público Federal e do Ministério da Justiça, entre outros órgãos e instituições ligadas ao funcionamento dos meios de cooperação.

No desenvolver da Seção 2, analisaremos a evolução jurídico-histórica da legislação internacional que rege o combate à corrupção, tal como a Convenção de Mérida e outras Convenções e Tratados que inspiraram o Brasil a buscar a sua participação entre os mesmos e, também, a criar uma ampla rede legislativa e um

ISSNe 2595-1602

papel participativo em comunhão com outros países em combater os chamados crimes de colarinho branco.

A Seção 3 abordará o que é a "Operação Lava Jato", como ela tem se desenvolvido e apresentará a legislação pátria moldada para incorporar as inspirações advindas dos Tratados e Convenções Internacionais no combate à corrupção e outras modalidades e tipificações em paralelo ao crime de corrupção e lavagem de dinheiro, dentre os quais apresentaremos e trataremos da Lei 12.846 de 2013, a "Lei anticorrupção". Abordando, desta forma, em natureza profunda a referida Lei e como o presente diploma legal, aliado ao Código Civil, consegue desmantelar, através da Desconsideração da Personalidade Jurídica, grandes núcleos de corrupção no Brasil, com vistas a demonstrar, também, como as pessoas jurídicas corruptoras podem ser alvos das sanções cíveis e administrativas previstas nas legislações correspondentes.

Já na 4ª e última Seção, analisaremos a aplicabilidade dos institutos da Cooperação Jurídica Internacional pela "Operação Lava Jato" e de que forma esses institutos estão contribuindo para resultados efetivos da Operação.

O presente artigo utiliza-se de metodologia dedutiva com base em estudo bibliográfico documental, cujas fontes variam em artigos, doutrinadores na seara do Direito Civil, Direito Penal, Direito Internacional e Direito Processual Civil e Penal, manuais do Ministério Público Federal, informações disponibilizadas pelo Ministério da Justiça e revistas jurídicas, tais como leis, convenções e Tratados Internacionais.

ISSNe 2595-1602

1 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

1.1 CONCEITO E INSTITUTOS

O instituto da Cooperação Jurídica em âmbito internacional se dá sob o pretexto de viabilizar e criar pontes de diálogo entre Estados no que tange à necessidade de comunicação de jurisdições. A comunicação e a colaboração entre Estados soberanos, nesse aspecto, é uma necessidade do movimento de transconstitucionalismo, isto é, uma necessidade contemporânea para as mais diferentes colaborações em pluralidades de matérias. (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 288). Somada às problemáticas contemporâneas que não conhecem fronteiras e, muitas vezes, tornam-se igualmente desenvolvidas em vários Estados através de diversas faces, por exemplo, temáticas referentes aos crimes de corrupção, pois a cooperação entre Estados para fazer valer suas próprias leis é vital para a manutenção de uma ordem legal efetiva.

Nesse ponto, a cooperação jurídica internacional é "instrumento por meio da qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita outro Estado medidas administrativas ou judiciais" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 7). É, portanto, um mecanismo para que países possam exercer um auxílio mútuo em suas atribuições jurisdicionais, aqui há de se falar em um meio pelo qual o próprio Direito encontra caminhos para acompanhar um intenso processo de globalização em

todas as áreas abarcadas pelo Estado, tal como pessoas, informações, serviços e, principalmente, capital.

Nesse entendimento, serve a cooperação como meio legal de resolução de problemáticas frente a uma diversidade de jurisdições uma vez que "é possível que o processo em curso necessite de diligências a serem realizadas fora dos limites territoriais do país em que tramita o processo, que exijam que a decisão proferida em uma jurisdição produza efeitos em outra" (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 613).

A terminologia ora apresentada como Cooperação Jurídica Internacional, já enraizada e consagrada como tal (BARROSO; TIBURCIO, 2006, p. 797-810), encontra ainda maior sentido ao vislumbrarmos que tal cooperação transborda das meras atuações jurisdicionais e abraça, também, as atuações administrativas dos próprios Estados por meio do contato entre seus entes (ARAUJO, 2013, p. 2).

Historicamente, Toffoli e Cestari citam os estudos de Kimberly Prost que revelam um dos remanescentes do ato de cooperação, ainda, no antigo Egito, no ano de 1280 a.C, quando Ramsés II celebra um dos primeiros instrumentos cooperativos

ao permitir o retorno extradicional de criminosos em um tratado de paz celebrado com o povo Hitita (2009, p. 6).

Em tempos atuais e no panorama nacional, dentro de nosso ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988, ora vigente, consagra a Cooperação Jurídica Internacional no Artigo 4º, inciso IX através do princípio norteador da cooperação entre os povos para culminar no progresso da humanidade. A própria Carta Magna apresenta meios de cooperação dentro de seu texto, tal como pedidos de extradição (Art. 102º, I, "G", CF), homologação de sentenças estrangeiras (Art. 105º, I, "I", CF) e das cartas rogatórias (Art. 109º, X, CF). A previsão desses mecanismos, também, está expressa no Novo Código de Processo Civil, por exemplo, em seu Artigo 36º. Contudo, não há de se falar em lei específica para a Cooperação em si.

As modalidades para essa cooperação entre Estados podem ser divididas em três pontos, a título de melhor elucidação pedagógica, sendo eles: cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira e auxílio direto. A posição do Estado brasileiro mudará conforme sua atuação dentro da cooperação. Sendo o Brasil quem solicita a cooperação a um país estrangeiro, essa será denominada como uma cooperação ativa, todavia, quando o Estado estrangeiro realiza tais solicitações ao Brasil, essa será uma cooperação passiva (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 7).

Destarte, frisa-se que os meios de Cooperação presentes no Código de Processo Civil deverão reger-se, segundo Alexandre Câmara (2016, p. 46), sob a:

> Observância ao devido processo legal no Estado requerente, (Art. 26º, I, CPC); a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência jurídica aos necessitados (Art. 26º,II, CPC); a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente (Art. 26º,III, CPC); a existência de autoridade central para designação específica do tratado – o Ministério da Justiça (Art. 26º, § 4º, CPC); a espontaneidade na transmissão de informações e autoridades estrangeiras (Art. 26º, V, CPC).

ISSNe 2595-1602

A cooperação dar-se-á através de matéria penal ou de matéria civil pelas modalidades já supracitadas. Para tanto, as bases jurídicas para uma Cooperação, além dos dispostos no ordenamento legal brasileiro tal como a própria Constituição Federal e o Código de Processo Civil, poderá advir o exercício pelos Estados em razão de acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais, além da própria reciprocidade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 8). Nessa seara, sendo o tratado um "acordo formal onde se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, seu teor de contornos bem definidos" (REZEK, 2014, p. 40), a cooperação advinda desse acordo formal tomará legitimidade ante a figura de uma autoridade central responsável pela cooperação. No Brasil, essa autoridade é exercida pelo Ministério da Justiça através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) e da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ), conforme Artigo 12º, Anexo I do Decreto nº 9.360 de 07 de maio de 2018, cuja competência é de análise e tramitação de pedidos de extradição e transferência de pessoas condenadas, já o DRCI é responsável pela análise e tramitação da pluralidade de pedidos com base na Cooperação.

A Cooperação poderá se realizar por meio das cartas rogatórias, conhecidas como meio tradicional e antigo de Cooperação entre Estados no modo específico de interação entre as Jurisdições interessadas. Sendo a carta rogatória um meio comum para comunicações processuais, deverá respeitar elementos previstos no Art. 961º do CPC, tal como homologação ou concessão do "*exequatur*", cuja competência, hoje, recai sobre o STJ, mesmo após ter havido muitas discussões que abarcaram o próprio STF, no que diz respeito às competências e constitucionalidade da expedição (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 614). Em se tratando de um pedido formulado pelo Brasil para um Estado estrangeiro (como já dito, chama-se cooperação ativa), o mesmo será encaminhado para a autoridade central brasileira e só então haverá de ser encaminhado ao Estado estrangeiro, conforme disposto no Art. 37º do CPC, respeitando o disposto sobre a tradução dos documentos expresso no Art. 38º do mesmo Código. Quanto ao pedido passivo, cabe ressaltar a possibilidade de sua recusa em se tratando de uma ofensa à ordem pública brasileira, conforme disposto no Artigo 39º do mesmo Código processualístico (CÂMARA, 2016, p. 48).

Noutro giro, como complementar aos propósitos da carta rogatória, mas também sendo mecanismo e instituto dentro da Cooperação Jurídica Internacional, reconhece a homologação da sentença estrangeira. Com competência fixada pela Constituição Federal ao STJ pelo Artigo 105º, I, "i", a homologação de sentenças estrangeiras ganha destaque no plano nacional já que em outros países como Alemanha, França, Canadá, Suíça e Itália a decisão de homologação cabe a juízes de 1ª instância. O CPC em seu Artigo 963º enumerou requisitos para a homologação (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 624).

O instrumento de homologação, embora não tão quisto como as cartas rogatórias, constitui-se um meio vultoso para dar eficácia às cooperações, cabe realçar medidas como a introduzida pela Resolução nº 9/2005 do STJ que permitiu a tutela de urgência na homologação de sentenças estrangeiras, repetido pelo Art. 216º - G do Regimento interno da mesma Corte. Destarte, o Código de Processo Civil

ISSNe 2595-1602

em uma de suas inovações, também, prevê que em certas leis e/ou tratados seja possível dispensar algumas modalidades de sentença na concessão do "*exequatur*" (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 626).

O terceiro meio de Cooperação é o auxílio direto, meio esse envolto em inúmeras possibilidades e muito utilizado, atualmente, nos enfrentamentos judiciais e administrativos no combate à prática de crimes mais robustos, tratado intensamente na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal e cível, quando há desconsideração da personalidade jurídica.

O auxílio direto é meio mais recente utilizado na cooperação entre os Estados soberanos. Nessa senda, o pedido poderá ser feito ao magistrado de primeira instância sem deliberações mais burocráticas de juízo prévio do STJ, sendo a autoridade central responsável pela tramitação desses pedidos (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 290). A priori, a autoridade central brasileira responsável pela tramitação em auxílio direto será o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça. Destacam-se como diferenças entre o auxílio direto e os demais institutos ligados a cooperação, "o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido" (DOLLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 629).

No que diz a jurisprudência da Suprema Corte do país em decisões monocráticas, entende-se que tratados, também, podem estabelecer o auxílio direto entre os Estados, ou seja, não se residirá apenas em diplomas legais nacionais o nascedouro de um auxílio, mas também haverá de reconhecer Tratados, isto é, expressão de vontades entre Estados soberanos como fonte capaz de fazer criar o auxílio entre as partes. (Vide: STF, DJU 12.12.2004, CR 10.922, Rel. Min. Maurício Corrêa; STJ, DJe 19.12.2011, HC 147.375/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi e Artigo 13º do Código de Processo Civil). Observa, nesse sentido, o disposto no Artigo 13º do Código de Processo Civil que prevê a possibilidade de disposições específicas em Tratados, convenções e acordos internacionais em que o Brasil seja parte de exercer jurisdição civil, além das normas processuais brasileiras.

Ademais, destaca-se como meio para obtenção de auxílio, além de Tratados, a ação do Estado brasileiro para receber um regime de reciprocidade, uma vez que é pela porta da reciprocidade que o auxílio direto vem sendo um meio mais célere de Cooperação. Costumeiramente, por meios judiciais e administrativos conseguem encontrar caminhos para apressurar os meios de Cooperação tradicionais, tendo em vista a morosidade por suas implicações protocolares (ARAUJO, 2013, p. 13).

Esgotados os mecanismos clássicos de cooperação no que diz respeito a sua eficiência em determinados quadros particulares, o auxílio direto apresenta-se como um mecanismo mais arrojado capaz de contribuir com medidas como a comunicação de atos processuais, oitiva de testemunhas, quebra de sigilo bancário, sequestro de bens, repatriação de bens ou valores enviados ao exterior de forma Ilícita (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 21). Em suma, é um meio capaz de enfrentar as estruturas mais complexas ligadas aos crimes de colarinho branco, em específico da "Operação Lava Jato", que é o que visa tratar este presente trabalho sob o aspecto da Cooperação e da Responsabilidade Civil.

ISSNe 2595-1602

2 EVOLUÇÃO

2.1 CONVENÇÃO DE MÉRIDA E DEMAIS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O avanço do processo de globalização tem tornado mais nítida a perda dos poderes fronteiriços entre as nações, por haver cada vez mais a criação de uma consciência em nível global através de cooperações entre Estados e a tendência ao isolamento tem sido menor conforme o passar dos anos. Nesse mesmo compasso, os desafios internos de cada país têm tomado proporções maiores a ponto de extravasar suas fronteiras e, consequentemente, requerer auxílio de mecanismos capazes de um trabalho conjunto.

A participação do Brasil em normas internacionais na forma de Tratado, sendo de forma bilateral, ou não, consegue exprimir não apenas a preocupação da comunidade internacional no que tange essa temática, mas também como esforços que entram diretamente em vigor perante o ordenamento jurídico pátrio. O Tratado, per se, sendo um acordo formal e dotado de "*animus contrahendi*", produz efeitos obrigacionais entre as partes concordantes, culminando em acordo formal entre os Estados que é o ato jurídico que ao produzir a norma, produz efeitos de direito, gerando obrigações e prerrogativas (REZEK, 2014, p 42).

Não obstante, cabe ressaltar que a participação do Brasil em Tratados e Convenções parte da internalização deles no direito brasileiro e isso se dá nos seguintes moldes: primeiramente com a negociação das partes e a assinatura do texto final, cumprindo o disposto no que se refere ao papel do Presidente da República no Art. 84 º, VII da Constituição Federal e do Congresso Nacional no Art. 84 º, VIII da mesma Carta Magna; aprovação pelo Congresso nos termos do Art. 49 º, I da Constituição Federal; ratificação pelo Chefe do poder Executivo ou adesão em que seus efeitos equivalem aos de ratificação e por fim a promulgação e publicação (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 59).

A Cooperação jurídica internacional é exercida sob os vastos campos férteis que servem como base primeira para os acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais além de ações com base na promessa de reciprocidade junto a alguns países com os quais o Brasil possui acordo. Por meio desses instrumentos internacionais, o Brasil adquire o direito da solicitação de cooperação aos outros Estados Partes, e também se compromete a conceder pedidos oriundos desses mesmos países (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p.8).

Os diplomas internacionais e a própria atuação de convenções e tratados bilaterais, cuja temática de corrupção é tomada como meio para debater seu enfrentamento são, logo, extremamente felizes e necessários, visto o atual cenário contemporâneo de um direito muito mais amplo do que as bordas fronteiriças. Ao tratar de corrupção em um conceito mais amplo do que o da esfera criminal, entende-se a gravidade que atinge não apenas um Estado soberano específico, mas uma coletividade. Discorre Adétrio Pilartes H. Miguel (2016, p. 85):

> Considera-se a corrupção como um fenômeno social que atinge, hoje em dia, foros de verdadeira calamidade nacional e internacional e mina a economia

ISSNe 2595-1602

> dos Países, mesmo os mais desenvolvidos, e perturba o desenvolvimento sustentado e o Estado de direito.

A necessidade de uma participação internacional regida por diplomas legais de meios diplomáticos bilaterais ou em forma de convenção se dá uma vez que o controle e o combate contra a corrupção é tarefa árdua, dada as dificuldades existentes com obstáculos ainda maiores quando as ações envolvem não apenas um reduzido número de funcionários, mas uma rede institucional de atores (MIGUEL, 2016, p. 86).

A mutabilidade dos conceitos de corrupção demonstra a rápida difusão dessas práticas em ambientes, cada vez mais, diversificados e em cadeias mais complexas que necessitarão de um tratamento merecedor dentro dos diálogos em Convenções, tratados e acordos bilaterais, além de uma abordagem penal e cível. Guilherme de Souza Nucci (2015 p. 6) esclarece acerca dessas novas ambientações ao entender:

> A corrupção caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoal, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado. Mas a corrupção não se limita às fronteiras da Administração Pública, pois corre solta no ambiente privado, em particular, no cenário de empresas particulares. As maiores do mundo, que se auto intitulam honestas, são surpreendidas, de tempos em tempos, imersas na podridão dos negócios malvistos e ilegais.

ISSNe 2595-1602

Na iminência da discussão acerca da corrupção, a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Assembleia das Nações Unidas, adotou no dia 31 de outubro de 2003, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC) na cidade de Mérida (México). O texto legal foi adotado pelo Brasil como forma de promulgação, através do texto do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005 e pelo Decreto 5867, de 31 de janeiro de 2006, passando a ter força de lei.

Além da CNUCC, o Brasil participou, também, dos eventos da Conferência Interamericana contra a Corrupção no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Cooperação Internacional em forma jurídica já é colocada ao conhecimento ainda no preâmbulo da CNUCC como meio necessário para combater e prevenir a corrupção, uma vez que deixa de ser um problema local e converte-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias (Preâmbulo, CNUCC). Nesse passo, o Artigo 1º, “b”, quanto às finalidades da Convenção, ressalva: “Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos”.

A CNUCC institui novos traçados orientadores, não apenas ao entendimento jurisprudencial brasileiro, bem como contorna novas linhas nas relações entre Estados na busca de acordos bilaterais que sejam efetivos em garantia de auxílio no combate à corrupção. Tratando-se de matéria civil, como no caso de utilização de instrumentos como a carta rogatória, cita-se o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil,

entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 166/91 (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 619).

Outra exemplificação de acordo bilateral é a existência do Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Portuguesa e da República Federativa do Brasil, instituído pelo Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994, tal como o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, instituído pelo Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009, cuja Autoridade Central é a Procuradoria Geral da República.

A Convenção das Nações Unidas contra a corrupção nasce, então, com a necessidade de um acordo comum para um enfrentamento real com observância de que, entre os 71 artigos da Convenção, quatro dos oito capítulos necessitam de adaptação legislativa para possibilitar a aplicação do regramento em âmbito interno, sendo eles aqueles que versam sobre a prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 292).

Destarte, além das considerações para o enfrentamento na seara Cível, vale ressaltar o entendimento do penalista Nucci (2015, p. 6) ao afirmar que seria inviável a ação de um crime organizado se não houvesse a corrupção.

Nesse diapasão, visando combater e prevenir, também, em âmbito internacional o Crime Organizado Transnacional, o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecido como Convenção de Palermo. Dentre muitos dispositivos importantes, destaca-se o Artigo 13 º sob o título de "Cooperação Internacional para efeitos de confisco" tal como o Artigo 18 º sob o título de "Assistência Judiciária recíproca", dispositivos inovadores e claros quanto à existência e o dever de cada Estado signatário em utilizar-se dos institutos e meios já apresentados na seção 1 para a garantia de uma cooperação efetiva e de reais resultados, tomando a cautela de observar o ensinamento de Adétrio Pilartes H. Miguel (2016, p. 85) que se vale do ensinamento de Montesquieu em que todo instrumento de combate à corrupção deixa de ser bom quando mal aplicado.

Na mesma retórica, visando um combate, também, da corrupção nos meios de relações comerciais internacionais, a linha de frente de diplomas internacionais nesta seara inclui a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), firmado em 1997 e ratificado, no Brasil, em 15 de junho de 2000, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, cujo principal objetivo é a prevenção e combate ao delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, 2016, p. 5).

Posteriormente, a Convenção da OCDE conduzirá o Brasil à inspiração para a elaboração e adoção da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção que será tratada com mais à finco, posteriormente.

Segundo dados apresentados pela Cartilha da Convenção da OCDE, de autoria da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), fontes da própria OCDE já apontaram que após a

ISSNe 2595-1602

entrada em vigor da Convenção houve um incremento no número de investigações e condenações nos Estados Partes pelo cometimento de atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, 2016, p. 5).

O trabalho desenvolvido pela OCDE inclui relatórios econômicos frequentes na análise de cada país em paralelo aos compromissos estabelecidos na própria convenção e compactuados entre os seus Estados signatários. O relatório econômico da OCDE (2018, p. 35) no que diz respeito ao Brasil, no mês de fevereiro de 2018, traz informações de grande valia nos efeitos dos diplomas internacionais nas ações governamentais internas no Brasil, uma vez que conforme disposto:

> O Brasil está em 79º lugar entre os 176 países listados na última publicação do índice de corrupção da Transparência Internacional (TI, 2016). Práticas de corrupção e propina, como as reveladas nos últimos anos (consulte a Caixa 3), fazem com que os recursos públicos sejam desperdiçados e exacerbam as desigualdades de renda, ao permitir que servidores públicos e empresas desviem os recursos do contribuinte. As evidências surgiram principalmente no contexto das contratações públicas, inclusive por empresas estatais, do crédito subsidiado e dos incentivos fiscais para empresas e setores específicos. As concessões de infraestrutura também são vulneráveis ao conluio entre licitantes e à corrupção, pois as estimativas sugerem que doações de campanha de empresas fizeram com que aumentasse significativamente a probabilidade de essas empresas ganharem contratações públicas (Boas et al., 2014). A regulação financeira dos partidos e das campanhas políticas, atualmente em discussão no Brasil, é crucial para evitar que interesses particulares poderosos capturem o processo político, deixando o crescimento menos inclusivo e fazendo com que caia a confiança no governo.

Nessa mesma linha de resultados e acompanhamento, no Brasil, chama atenção as medidas de adequação ainda em processo de desenvolvimento, conforme discorre:

> Os esforços de combate à corrupção devem incluir uma avaliação completa das leis de contratação pública, em particular o modo com que suas muitas complexidades e isenções afetam a integridade dos processos de licitação e
>
> a concorrência. Essa revisão também deve cobrir o risco de conluio em licitações públicas, que é substancial. A redução do conluio reduzirá os preços pagos pelas autoridades públicas e as oportunidades de corromper o processo (OCDE, 2010b; OCDE, 2014). As regras relativas aos conflitos de interesse, incompatibilidades e imparcialidade nas contratações públicas poderiam ser otimizadas e fortalecidas. O uso obrigatório de órgãos de compra centralizados, os quais estão menos propensos à corrupção, poderia ser expandido juntamente com o treinamento sistemático dos servidores responsáveis pelas contratações públicas sobre estruturação eficaz das licitações e detecção eficaz de práticas de conluio (OCDE, 2012b). Os procedimentos de denúncia estão presentemente prejudicados por competências sobrepostas e sistemas paralelos para ofensas semelhantes, dificultando a proteção eficaz dos denunciantes. A maioria dos países da OCDE possui leis dedicadas para proteção dos denunciantes, mas o Brasil não (OCDE, 2016c). Em relação à propina do exterior, o Brasil tem

ISSNe 2595-1602

> aumentado significativamente sua capacidade de investigar de modo proativo o recebimento de propinas do exterior, em cooperação próxima e em coordenação com outros participantes da Convenção Anticorrupção da OCDE (2018, p. 36).

Dessa forma, para a garantia da eficácia dos termos assinalados da Convenção os Estados signatários realizam periodicamente avaliações, tais como a avaliação supracitada coordenada pelo Grupo de Trabalhos sobre Suborno da OCDE, grupo esse que é responsável pelo monitoramento de adoções de medidas implementadas na própria Convenção por parte dos países-membros. Com base nesses relatórios, é possível determinar qual caminho efetivo o país está trilhando na efetividade dos compromissos traçados na Convenção (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, 2016, p. 7).

3 A OPERAÇÃO LAVA JATO E AS NORMAS BRASILEIRAS ANTICORRUPÇÃO

3.1 A ORIGEM DA OPERAÇÃO LAVA JATO E LEI 12.846/2013

O Brasil tem vivido um momento peculiar em sua história ao vivenciar o desenrolar de uma das operações mais comentadas pelo meio midiático dos últimos anos, a Operação Lava Jato pode ser considerada não apenas uma das operações mais polêmicas por envolver pessoas de relevada importância política e social, mas também por ser uma Operação em que se tem trabalhado de modo contínuo com a Cooperação Jurídica Internacional, tão importante para a eficácia de suas fases.

Nesse contexto, é de importância ímpar destacar o histórico da gênese da Operação Lava Jato para a melhor compreensão das realidades fáticas e jurídicas nas quais a Cooperação Jurídica Internacional tem se desenvolvido e beneficiado a própria Operação no que tange aos diversos aspectos de sua concretude, tal como o auxílio direto e o histórico de repatriações recentes no que se refere ao montante de capital em estrangeiro de origem ilícita.

Com origem na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, a Operação Lava Jato é conduzida pelo Ministério Público Federal em comunhão com a Polícia Federal, alcançou âmbito nacional e é considerado pelo MPF e pela imprensa como a maior e mais importante operação de combate à corrupção realizada, no Brasil, que ainda se encontra em curso (PEREIRA; ALMEIDA, 2016, p. 218).

Flagrada no mês de março, do ano de 2014, e com investigações iniciadas, no ano de 2009, a Operação começou com o objetivo de investigar organizações criminosas lideradas por doleiros pelo crime de lavagem de dinheiro, contudo, posteriormente, descobriu-se um complexo esquema de corrupção que envolvia também a Petrobrás e, consequentemente, funcionários públicos, políticos e empreiteiras. O nome da operação advém de uma rede de combustíveis e lava jato de automóveis usados para movimentar recursos ilícitos.

As investigações são conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal que trabalham em comunhão com o Poder Judiciário que detém poder para autorizar medidas como interceptações telefônicas, prisões, buscas, conforme é previsto no ordenamento jurídico pátrio. Destaca-se, ainda, o trabalho da 13ª Vara Federal de Curitiba, responsável no que diz respeito à primeira instância dos crimes

ISSNe 2595-1602

praticados na Lava Jato, traçando, assim, um paralelo de destaque em razão do feito inédito em prender pessoas de grande influência no Brasil (FERREIRA, 2016, p. 48).

O avanço das investigações em consonância com os institutos disponíveis para a Cooperação Jurídica Internacional, e também com todo o aparato legislativo disponível no que concerne a legislação de combate à corrupção, foi possível traçar a rota da corrupção em altos níveis e escalões do governo, conforme ilustra:

> "O Ministério Público Federal desvendou um esquema de corrupção na Petrobrás que desviava dinheiro da estatal por meio de pagamentos superfaturados às empreiteiras contratadas que pagavam propinas aos agentes públicos e doleiros, estes também repassavam propina para políticos e partidos políticos. A finalidade da propina era beneficiar políticos e partidos políticos que indicavam os diretores da Petrobrás, os quais ficavam responsáveis pela manutenção do esquema, sendo certo que o objetivo das empreiteiras era garantir contratos com a estatal". (PEREIRA; ALMEIDA, 2016, p. 219).

Cabe observar que a Operação Lava Jato não é a única em âmbito internacional no combate à corrupção, envolvendo os bastidores do poder, embora não seja esse o destino que será traçado no presente trabalho.

Noutro giro, conforme lembra Hilst (2013, p. 38), a Lei 12.846 de 2013, conhecida como "Lei Anticorrupção" surge, segundo sua exposição de motivos, "para suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas contra a administração pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos".

Dentre os limites de novos avanços vislumbrados pela Lei 12.846/2013 é possível afirmar que ela poderá contribuir para o *compliance* e a integridade empresarial e, consequentemente, auxiliar mecanismos diversos no combate à corrupção em geral, visto que a referida lei visa atuar de forma mais incisiva no que tange à responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública estrangeira, vide de forma expressiva no Artigo 5º, caput, da mesma Lei (HILST, 2013, p. 58).

Um dos cernes no qual a Lei Anticorrupção está baseada quanto sua preocupação natural é que ela tem como foco a punição e responsabilização da pessoa jurídica que solicita a vantagem ilícita e que, consequentemente, foi beneficiada com o ato que nasce da improbidade. Por essa razão, a Lei 12.846/2013 ganha novos horizontes ao punir e responsabilizar mediante critério de responsabilidade objetiva. Em outras palavras, recairão sobre a pessoa jurídica todas as sanções previstas se a aludida pessoa estiver envolvida em eventual ato lesivo à administração pública, independente de culpa ou dolo e independente da responsabilização ou não do agente público envolvido (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015, p. 37).

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

ISSNe 2595-1602

É cediço e notório que a Lei 12.846/2013 sofreu grande influência da comunidade internacional em decorrência de o Brasil ter se comprometido com o combate à corrupção e garantido a inclusão do setor privado nessa aguerrida batalha. É-nos cógnito denotar que até o início da vigência da Lei 12.846/2013, as pessoas jurídicas simplesmente não eram responsabilizadas pelos atos de corrupção praticados em seu nome, somente sofriam as sanções penais, civis e administrativas os seus diretores, administradores e empregados, ou seja, apenas as pessoas físicas conheciam do "*jus puniendi"* do Estado e eram penalizadas pela prática de corrupção e os crimes contra a Administração Pública. A empresa era beneficiada pela prática corrupta, mas não era penalizada. Podemos considerar que o surgimento do diploma legal tenha partido da incidência do princípio da moralidade da administração pública, haja vista o crescente número de agentes estatais estarem sendo alvo de aliciamentos por parte da iniciativa privada a fim de estabelecer parcerias e benesses em causa própria. (BARRETO DE ARAÚJO, 2016, p. 31). Essa tentativa de corromper os agentes estatais, então, pode acabar acarretando danos a terceiros, danos à coletividade e prejudicando o interesse público.

O Direito ao longo dos tempos tentou encontrar uma forma de equilibrar e harmonizar as relações humanas quando estivessem em confronto com o direito de terceiro, ficando uma parte responsável por causar um mal-estar, um dano a outrem, decorrendo, daí a necessidade de se responsabilizar aquele causador do ato ilícito. Nesse breve interim, destacamos, então, o instituto da responsabilidade civil, quiçá um dos mais importantes dentro do âmbito do direito civil que teve sua gênese na tentativa de lapidar a convivência civilizatória que hoje nos – ou deveria – alcançar.

A responsabilidade civil decorre da regra "*restitutio in integrum"* adotada pelo ordenamento pátrio, que garante à vítima a reparação por completo, inclusive retroagindo ao momento anterior ao ato que acabou por ensejar na lesão. Nasce, *per se*, uma obrigação ao autor da ofensa a determinado bem jurídico tutelado decorrente da própria letra civil que diz ser obrigatória a indenização decorrente de ato ilícito cometido. (CAVALIERI FILHO, 2008). Logo, a responsabilidade civil assume um papel socializador e de caráter pedagógico ao impor a sanção civil – seja até de caráter pecuniário – àquele que comete o ato lesivo. O dano é tratado como pressuposto para a responsabilidade civil, conforme se extrai da leitura do Art. 927 º do Código Civil brasileiro, segundo o qual "aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 º e 187 º), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Em outras palavras, somente caberá indenização e, consequentemente, o dever de reparação, se o elemento objetivo **dano** (grifo nosso) estiver presente. Em suma, se não houver o nexo que ligue o ato ilícito ao dano que acometeu o terceiro, não há que reconhecer a responsabilidade civil da parte. (TARTUCE, 2018, p. 60)

O ordenamento jurídico brasileiro, a bem da verdade, adotou a responsabilidade civil subjetiva, que dimana a partir da ação ou da omissão, ou seja, a culpa é condição "*sine qua non"* para a sua caracterização, mas também amparou a responsabilidade civil objetiva, sendo aquela em que se basta a mera comprovação da ação praticada pelo agente, a existência de lesão e o nexo causal. Essa última será o objeto de nossa análise no presente tópico. A doutrina minoritária envereda-se ainda pelas colinas sombrias de que inexiste a possibilidade de se responsabilizar objetivamente a pessoa jurídica que deu causa ao ato ilícito, haja vista razões

ISSNe 2595-1602

subjetivas declaradas pela própria Constituição da República, como elemento caracterizador da responsabilidade civil, logo não caberia ao legislador infraconstitucional criar um novo tipo de responsabilização. (BARRETO DE ARAÚJO, 2016, p. 35)

Entende a melhor doutrina que a responsabilidade civil objetiva decorreu da institucionalização e da edificação da teoria do risco:

> "Consiste, assim, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta." (LOPES, 2011).

É mais do que cristalino que o nosso "*códex civil*" abarcou essa ideia em seu Art. 927 º, parágrafo único, ao nos dizer em letras límpidas que a responsabilidade objetiva advirá sempre que "a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.". (BRASIL, 2002).

Também, é sabido que a responsabilidade objetiva possui cláusulas gerais que norteiam os julgadores e interpretadores do direito para que em seus estudos se aprofundem e encontrem quando do escoar das águas a mais cristalina fonte de saber, dentre as referidas cláusulas o presente estudo se debruçará sobre o abuso do direito, constante da redação do Art. 187 º do Código Civil, sendo essa cláusula a faísca primeva que desencadeará na desconsideração da personalidade jurídica.

Consta das letras do Código Civil brasileiro a conceituação de abuso do direito, a saber: "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.". (BRASIL, 2002). Na mesma linha, o Código Civil português conceitua, em letras cristalinas, o abuso do direito como sendo "ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito." (PORTUGAL, 1966). Não importa quem, ou seja, pessoa física ou jurídica, todos gozam de direitos e deveres na ordem jurídica vigente. Ninguém poderá, *per se*, usar um direito que lhe foi conferido para abusar dele, usá-lo de forma absoluta, sem que haja preocupação com o social, com o econômico, a boa-fé e com a dignidade da pessoa humana. Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 172) aduz, "o que caracteriza o abuso do direito, portanto, é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito.".

Nelson Rosenvald (2017, p. 216), citando Pontes de Miranda, traz-nos uma sábia lição:

> "Para a maioria dos homens, os direitos aparecem como o que eles podem fazer, cobrar, exigir. Têm das situações jurídicas em que se acham, ou em que se acha alguém, impressão de projeções do eu. O mundo é organizado

ISSNe 2595-1602

> de tal forma que esses direitos, bilhões de direito numa só cidade - a propriedade dos prédios, dos móveis, das joias, as notas promissórias, as ações, o ordenado, a entrada dos teatros e cinemas - se lançam, se cruzam, sem que nunca se choquem, ou se firam (...). Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da Linha imaginária que é o meu direito.".

Cumpre o dever de recordar que o abuso do direito é a base para a desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). Conforme já dito, as investidas e os inúmeros crimes cometidos por meio de executivos e empregados a partir da pessoa jurídica com o passar dos anos, as fraudes, o simples prejudicar a um investidor e ou credor, fez necessária a elaboração dessa teoria por meio da doutrina e da jurisprudência que se pacificaram no tempo. Nesse sentido, é o melhor entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 86.502/SP:

> "Assim, estou me pondo de acordo com os que admitem a aplicação da doutrina da desconsideração, para julgar ineficaz a personificação societária sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar a terceiros. Ou, em outras palavras: o juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito. A sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, além dos casos expressamente previstos em lei (exemplo: Art. 29 º., § 22, da Consolidação das Leis do Trabalho; Art. 135 º, II, do Código Tributário Nacional), também decorre do princípio geral da boa-fé, base da doutrina alemã construída sobre o ponto, do princípio que veda o uso abusivo do direito e da cláusula geral sobre a ordem pública (Art. 17 º da Lei de Introdução ao Código Civil), que servem de fundamento para que se afaste pontualmente, presentes os pressupostos, a regra do Art. 20 º do Código Civil". (STJ, 1966).

ISSNe 2595-1602

Nesse diapasão, percebe-se que a Lei 12.846/2013 não tem vistas a trazer o braço punitivo do Estado para os particulares administradores ou meros empregados, mas o seu foco visa a pessoa jurídica em si. A título de ilustração, supõe-se que João, empregado há mais de 5 (cinco) anos na empresa X, com trânsito livre e desimpedido por inúmeros setores, passando por uma grave crise interna de moral, decide se aliar ao maior concorrente de seu provedor a fim de atuar em favor da empresa P. No exercício de sua função, João infringe inúmeras vezes a Lei Anticorrupção, atuando com abuso do direito e corrompendo inúmeros agentes políticos para vencer licitações e/ou gozar das preferências legislativas ou executivas. É patente que João responderá sob o julgo da legislação nacional no que compete a cada uma de suas ações. Quanto à empresa X, não há de se falar em punição, porquanto manifestamente vítima. Contudo, a empresa P deverá compor os quadros de solidariedade e arcar com sua responsabilidade que é objetiva, uma vez que seus interesses estavam sendo defendidos por um terceiro, não se pode falar em averiguação de culpa, é "*in re ipsa".*

Sobrevindo a informação de que a empresa sabia e influenciava o empregado a manter a relação de "*fake spy"*, desta feita para encobrir os próprios atos ilícitos

decorrentes da administração, incorreria a empresa no que diz a Lei Anticorrupção, *in verbis*:

> "**Art. 14 º.** A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.". (BRASIL, 2013).

Vale recordar que é impossível falar-se em corrupção privada, logo, a vítima das pessoas jurídicas pelos atos lesivos levados a cabo será sempre a Administração Pública, direta ou indiretamente. Assim, pode-se inferir que a Lei 12.846/2013 traz novos contornos ao direito brasileiro, quando erige e lapida a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos de corrupção, tanto no Brasil quanto no exterior, perfazendo um vazio existente no arcabouço jurídico pátrio.

4 A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

O desencadeamento da "Operação Lava Jato" revelou a participação de políticos, empreiteiras, doleiros e funcionários da Petrobras que estavam diretamente associados à prática de diversos delitos cuja culminância está na lavagem de capitais, produto da corrupção que em grande parte das vezes se utiliza de transferência de numerário para contas no exterior com objetivo de dificultar sua localização e origem (MENEZES, 2017, p. 147).

As demandas oriundas no decorrer da "Operação Lava Jato" demonstram que, a mera observância e aplicação dos capítulos V, VI e VII da Lei nº 9.613/1998 a serem aplicadas por instituições financeiras, no que se refere aos crimes de lavagem de capitais, não são suficientes no combate à lavagem de dinheiro e ao reingresso desse capital ao mercado de origem, necessitando de um passo a mais das autoridades brasileiras para caminharem pela trilha do dinheiro e operar a justiça de forma eficiente (LEMOS; ZAGANELLI, 2018, p. 95).

Os institutos preconizados da Cooperação Jurídica Nacional pelo seu manuseio através do Ministério Público Federal, Ministério da Justiça e possibilitados por tratados e outros diplomas internacionais, já vistos na seção anterior, produzem uma sólida e útil ferramenta, igualmente poderosa a serviço da justiça no que tange ao combate aos crimes, envolvendo não apenas tipicidades ligadas à corrupção e crimes contra a administração pública, mas também envolvendo figuras de grande influência e poder no Estado e economia.

Os processos da "Operação Lava Jato" apresentam de forma sequente o enfrentamento com manipulação em dinheiro de moedas estrangeiras, evasão de divisas e envio de capital ao exterior. É possível constatar tal realidade nos itens 8, 9, 10, 11 e 12 do relatório de sentença no processo nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, sentença que condena figuras ativas na Operação, tal como Alberto Youssef e Marcelo Odebrecht. A evidência da utilização da cooperação jurídica internacional no

ISSNe 2595-1602

caso torna-se ainda mais latente no item 40 do mesmo relatório da predita sentença do processo supracitado, em que o MPF em alegações finais na letra "e" reafirma que não há ilicitude na cooperação realizada com a Confederação Helvética (Suíça).

Interessante retomar conceitos prévios de institutos de Cooperação, tal como as cartas rogatórias, meio pelo qual se realiza a comunicação processual como citações ou notificações, tal como a coleta de prova no exterior na esfera cível e penal. Diferenciadas entre cartas rogatórias ativas e passivas, deparamo-nos com os meios pelos quais o Brasil coleta provas no exterior sendo esse recurso denominado carta rogatória ativa, visto que é emitida por autoridade brasileira para realização dos atos processuais no exterior. Já em situação inversa, em que a ação é realizada na justiça estrangeira e cabe ao Brasil cumprir as diligências, chamamos carta rogatória na modalidade passiva. Cabe ressaltar que deverá observar a existência ou não de lei ou tratado que preveja outra formalidade de solicitação entre ambos os países. Em todo caso, consta-se também a participação primordial e fundamental da autoridade judiciária brasileira competente para a concessão do "*exequatur"*, conforme já esmiuçado em seções anteriores (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 614-615).

No caso do processo nº 5036528¬23.2015.4.04.7000/PR, julgado em sede da Justiça Federal em sua 13ª Vara, em Curitiba, a cooperação jurídica internacional possibilitou que as documentações e informações pertinentes às contas referidas nos autos viessem ao Juízo mediante envio das autoridades suíças por requerimento do Brasil em forma de auxílio direto utilizado na instrução de denúncia pelo processo de nº 5036309¬10.2015.4.04.7000/PR (Item 115 do relatório da sentença do processo nº 5036528¬23.2015.4.04.7000/PR).

A Suíça tem se tornado palco recorrente de atuações de criminosos no intuito de lavagem de dinheiro e outras movimentações criminosas em razão de o país ser considerado como "paraíso fiscal" no que diz respeito ao sigilo de contas, sendo assim, um facilitador de movimentos financeiros. Contudo, o número de cartas rogatórias entre Brasil e Suíça tem diminuído muito em razão dos atuais acordos (bilaterais e multilaterais) de cooperação em matéria penal e cível celebrados entre ambos os países que facilitam qualquer trâmite de "*mutual assistance"*, ou afins, dentro da seara da Cooperação Jurídica, cita-se, por exemplo, o Decreto nº 6.974/2009 (MPF, 2016, p. 149).

Retoma-se, portanto, a importância do instituto do auxílio direto como meio facilitador para comunicação entre instituições nacionais e estrangeiras, tal como o Ministério Público Federal. Nesse sentido, o auxílio direto permite que a autoridade estrangeira solicite a pronta realização de diligências no país, bem como a carta rogatória, diferenciando-se justamente na fundamentação, pois a carta rogatória se fundamentará na decisão da autoridade estrangeira proferida em consonância com seu próprio ordenamento jurídico, já o auxílio direto não se fundamentará em prévia decisão, cabendo decisão de autoridade brasileira competente seja ela judicial ou não. Frisa-se a tamanha inovação em dar mais legitimidade ao instituto através do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse mesmo contexto, podemos citar o item 75 e 76 do relatório da sentença anexo ao processo nº 5007326¬98.2015.404.7000/PR de Nestor Cunat Cerveró, também condenado na "Operação Lava Jato". Os itens 75 e 76 do relatório, também,

ISSNe 2595-1602

narram uma quantia relevante de dinheiro em contas na Suíça que estaria sujeita à repatriação, além de estar em conexão com outros processos de outros réus da Operação.

Ademais, consta também na sentença da ação penal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral e outros, o envio de capital para ser ocultado na Suíça, conforme item nº 125 do relatório de sentença.

Cabe ressaltar que desde o início da "Operação Lava Jato" vem crescendo ainda mais as relações de cooperação jurídica internacional com a Suíça, haja vista ser o país com maior recebimento de capitais desviados do Brasil, sendo que no final do ano de 2015, ambos os países celebraram um acordo para troca de informações tributárias, dispensando que a Justiça pudesse ser acionada em um primeiro momento. Esse acordo foi realizado entre a Receita Federal e o Departamento de Finanças da Suíça, possibilitando, assim, a troca de dados sobre tributos administrativos pela Receita Federal, no Brasil, e pelo fisco da Suíça em três níveis de governo (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 296).

A Cooperação na Operação não está circunscrita apenas às relações com a

Suíça em face de tramitação oculta de capitais. É frequente, também, a utilização do instituto da Cooperação para maior efetividade processual tal como na oitiva de testemunhas, presente no item 33 do relatório da sentença na Ação Penal de nº 5030883¬80.2016.4.04.7000/PR, em que fora expedido pedido de Cooperação para o Panamá, no intuito de oitiva de testemunhas em defesa do réu Eduardo Aparecida de Meira.

Ao que concerne o pedido de cooperação para oitiva de testemunha, cabe analisar que, por se tratar de ato jurisdicional, há de se falar, em caso de ausência de tratados que facilitem a cooperação entre dois países, em carta rogatória por se tratar de pedido de cooperação entre órgão jurisdicional brasileiro e órgão jurisdicional estrangeiro para a prática de determinado ato jurisdicional (CÂMARA, 2016, p. 48).

Com 4 (quatro) anos de Operação, é possível esclarecer como funciona a Cooperação dentro do âmbito da supradita:

> Os pedidos elaborados pelo MPF e pela PF têm por finalidade a obtenção de provas diversas; quebras de sigilo bancário; buscas e apreensões e oitivas de testemunhas; bem como medidas assecuratórias sobre bens e valores - tais como bloqueios, apreensões e sequestros - e repatriação de ativos localizados no exterior. Já os pedidos provenientes da Justiça Federal, em geral, têm como objetivos a realização de citações de réus; intimações e oitivas de testemunhas de defesa, que se encontram em território estrangeiro. Há ainda pedidos de extradição de pessoas investigadas encontradas e detidas em países estrangeiros. Tal fato demonstra a diversidade de demandas e necessidades que podem surgir no âmbito de uma mesma investigação de grande porte (GIACOMET, 2017).

Nesse contexto, é possível analisar que o MPF tem desenvolvido trabalhos intensos dentro da Operação Lava Jato, fazendo uso principalmente do auxílio direto

ISSNe 2595-1602

e da carta rogatória no intuito de obtenção de provas e de dar cabo às medidas jurisdicionais, ressaltando que a diferença prática e teórica entre ambos se dará pela análise do mérito no conteúdo dos institutos, preconizando a rapidez e a agilidade da obtenção de provas e da realização de Cooperação, visto que as mesmas provas possuem uma natureza fluída (LEMOS; ZAGANELLI, 2018, p. 97). A aposta na redução das burocracias nas relações com autoridades estrangeiras, através da Cooperação, levou a "Operação Lava Jato" a um patamar de maior alcance e efetividade na obtenção de provas e celeridade aos processos pertinentes.

Diante do crescente número do uso de mecanismos de Cooperação e do sucesso nas empreitadas da autoridade central brasileira, DRCI, os bons resultados da Operação associados ao número positivo de informações e provas já colhidas, torna possível afirmar que a Cooperação na Lava Jato é maior do que qualquer outra Operação já existente, no Brasil, e demonstra a utilidade e preocupação do DRCI com demais organismos internacionais no enfrentamento a crimes pelo viés da Cooperação Jurídica Internacional e, consequentemente, revela o fortalecimento e independência das instituições brasileiras (GIACOMET, 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou analisar os institutos da Cooperação Jurídica Internacional e associá-lo quanto a sua aplicabilidade, importância e relevância dentro da "Operação Lava Jato", ressaltando a importância da desconsideração da personalidade jurídica para esse fim, sendo ela importante se analisada de um ponto de vista jurídico, social e político, uma vez que suas consequências e efeitos estão diretamente ligados ao atual panorama brasileiro em diversos aspectos.

Explanou-se de modo teórico o conceito da Cooperação Jurídica Internacional como instituto jurídico, tal como se abarcou doutrinariamente suas formas de efetividade no direito, destacando a modalidade do auxílio direto como um dos mais utilizados dentro da Cooperação e um dos meios mais práticos para obtenção de resultados reais às demandas judiciais e administrativas.

Ante essa apresentação teórica, aprofundou-se na evolução histórica dos diplomas internacionais referentes ao combate à corrupção, perpassando pela importância da Convenção de Mérida e destacando a forma com que o Brasil incorporou à sua legislação todo o arcabouço internacional referente ao combate aos crimes de colarinho branco, principalmente através da Lei Anticorrupção.

Analisou-se o histórico e o objetivo do desencadear da "Operação Lava Jato", tal como seus principais impactos que já foram sentidos no âmbito político e econômico brasileiro, justamente por se tratar de um combate à corrupção, cujos protagonistas não são apenas empreiteiras e doleiros, mas também figuras do alto escalão dos bastidores da política brasileira que se valeram do pleno uso da máquina pública para alcançar fins ilegais. Não obstante, fora analisado o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que ela se aplica quanto aos casos aqui narrados, uma vez que a aplicação do referido diploma legal somente

ISSNe 2595-1602

produzirá efeitos quando a Administração Pública, aqui na pessoa de deputados e governadores, forem alvo das investidas da pessoa jurídica.

Percebe-se, ao analisar os átrios processuais da Operação Lava Jato, principalmente no que se refere às sentenças do juízo de primeiro grau, que o instituto estudado da Cooperação Jurídica Internacional se fez presente na grande maioria dos relatórios de sentença nas condenações advindas da primeira instância federal, visto que a Operação Lava Jato está diante de um esquema de corrupção que ultrapassa as fronteiras físicas, políticas e fiscais do Brasil, mergulhando em paraísos fiscais conhecidos, por exemplo, a Suíça.

Diante da análise constatada dos autos processuais de parte de alguns processos pertencentes à Lava Jato, foi possível averiguar que o Ministério Público Federal valeu-se em diversas vezes do auxílio direto como forma de solidificar seus trabalhos e suas investigações, principalmente no que se refere à temática de repatriação de bens e obtenção de provas. Igualmente, foi possível constatar a frequência com que o Brasil utilizou de tratados internacionais bilaterais, principalmente com a Suíça, como forma de aligeirar e dar mais efetividade aos deflagras da Operação Lava Jato.

Restou demonstrado que o Ministério Público Federal não fez uso de institutos da Cooperação Jurídica Internacional para dar cabo aos seus interesses como legitimado de ação tão somente, contudo, primoroso instituto contribuiu para o justo contraditório, visto que a Cooperação possibilitou a oitiva de testemunhas no estrangeiro em favor de réus.

Posto isso, testificou-se, então, a relevância ímpar da Cooperação Jurídica Internacional no curso da Operação Lava Jato devido à sua capacidade em fazer com que o Ministério Público Federal pudesse ir além das limitações geográficas e fronteiriças na busca da verdade real. Isso resultou em uma mais preparada apresentação nos autos ao juízo no exercício de seu mister como *"custus legis",* logrando êxito ao triunfar sobre burocratizações que, indubitavelmente, no decurso das investigações, se tornariam empecilhos se não fosse a existência de tratados, convenções ou auxílios diretos que viabilizassem o tortuoso caminho até as provas, capitais, investigados e circunstâncias fáticas e sólidas que estão fora da alçada da competência territorial. Ressalta, ainda, o valor da Cooperação Jurídica Internacional para a concretização de princípios processuais fundamentais tal como o contraditório, a ampla defesa e, acima de tudo, pela concretização do interesse em fazer valer a lei na proteção do patrimônio público.

Destarte, a Cooperação Jurídica Internacional por meios dos frutos produzidos angariou de forma profícua o espaço de suma importância que ocupa, ainda hoje, no andamento da Operação Lava Jato, equiparando-se até a uma das colunas basilares para suas mais recentes conquistas, posto que favoreceu ao Ministério Público Federal na busca e constatação do abuso do direito pelas pessoas jurídicas no uso indevido dos direitos a elas concedidos pela legislação vigente que culminava na concretização plena do ato de corrupção dos agentes públicos, impondo à Administração Pública e à coletividade danos atrozes. Tal constatação possibilitou que da descoberta do uso indevido e imoderado dos direitos dados, pudesse incidir sobre os marginalizados o incidente da desconsideração da personalidade jurídica e,

ISSNe 2595-1602

consequentemente, a responsabilização pessoal dos administradores e demais executivos dos grupos corruptores, a fim de que reparassem os danos causados a partir dos ilícitos cometidos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Marcelo Barreto de. **«Comentários à Lei 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance»**, 1 (2016) 5-114. Actual. [Consult. 20 mai. 2019], Disponível em: <http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/comentarios_a_lei_12846_2013_diretivas_sobre_o_programa_de_compliance.pdf>.

ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado– Teoria e Prática Brasileira**, 5. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

_____; OLMO, Florisbal Del; POLIDO, Fabrício. Direito Internacional: A importância da Cooperação Jurídica Nacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. **In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA.** Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 5 – parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Senado, 2015.

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

_____. Lei n°. 12.846/2013. **Lei Anticorrupção.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Ministério da Justiça. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal.** Brasília, 2014.

ISSNe 2595-1602

_____. Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal**. 4. ed., v. 1., 2013.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção da OCDE contra o suborno transnacional.** Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf >Acesso em: 4 mar. de 2018.

_____. Ministério Público Federal – Secretaria de Cooperação Internacional. **Temas de Cooperação Internacional.**2014, v. 2. Disponível em: <*http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/publicacoes/docs/16_004_temas_cooperacao_internacional_versao_2_online.pdf*>Acesso em: 13 de mai. de 2018.

_____. MPF Combate à corrupção. **[S.l]: MPF.** Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/> Acesso em: 24 set. 2018.

_____. **Ministério Público Federal e Secretaria de Cooperação Internacional.** Temas de cooperação internacional / Secretaria de Cooperação Internacional. 2. ed., rev. e atual. – Brasília: MPF, 2016.

_____. **Justiça Federal.** 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5047229-77.2014.4.04.7000/PR. Ministério Público Federal e Alberto Youssef. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2015, sentença. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a instancia/decisoes-da-justica/documentos/Sentenca%20-5047229-77.2014.404.7000.pdf> Acesso em: 3out. 2018.

_____. **Justiça Federal.** 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR. Ministério Público Federal, Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e Marcelo Odebrecht. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2016, sentença. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/Sentena_503652823.2015.4.04.7000.pdf/view> Acesso em: 3out. 2018.

_____. **Justiça Federal.** 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5007326-98.2015.404.7000/PR. Ministério Público Federal e Nestor Cunat Cerveró. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2015, sentença. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cervero-condenado-prisao-lavar-dinheiro.pdf> Acesso em: 3 out. 2018.

ISSNe 2595-1602

_____. **Justiça Federal.** 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal Nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR. Ministério Público Federal, Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho. Juiz: Sérgio Fernando Moro. 2017, sentença. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca_cabral_56.pdf/view> Acesso em: 3 out. 2018.

_____. **STJ.** REsp nº 86.502/SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data De julgamento: 21/05/1996. DJ: 26/08/1996. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 28 mai. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas**. O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Araujo, D., TAVORA, Távora, F. (3/2016). **Col. Sinopses Jurídicas, v. 33 – Direito internacional, 4ª edição**.. [Minha Biblioteca]. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203085/. Acesso em: 3 out. 2018.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DORATIOTO, Francisco; VIDIGAL Carlos Eduardo. **História das relações internacionais do Brasil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FARIA, Cristiano Chaves de; NETO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 4ª Edição, Salvador: JusPodivm, 2017 [Consult. 27 mai. 2019], Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1470-Curso-de-Direito-Civil-Responsabilidade-Civil-Vol3-2017-Cristiano-Chaves-de-Farias-Nelson-Rosenvald-e-Felipe-Peixoto-Braga-Netto.pdf>, ISBN 978-85--442-1101-4.

FERREIRA, Taiane Ferreira e. Criminologias e Política Criminal II - Uma guerra contra a corrupção: Da Lava Jato às Dez Medidas Contra a Corrupção do Ministério Público Federal. **In: XXV CONGRESSO DO CONPEDI**, 2016. Curitiba: CONPEDI, 2016.

FOLLONI, André Parmo; DOS REIS SILVEIRA, Ricardo; XIMENES, Julia. Constituição e Democracia III: A corrupção, o papel da cooperação jurídica internacional e o transconstitucionalismo como exercício de cidadania. **In: XXVI CONGRESSO DO CONPEDI, 2016.** Curitiba: CONPEDI, 2016.

ISSNe 2595-1602

GIACOMET, Isalino Antonio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. **Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de "lava jato"**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato> . Acesso em: outubro de 2018.

GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário técnico jurídico**. 17.ed. São Paulo: Rideel, 2014.

HILST, Pedro Eduardo de Lima. **Anticorrupção e *compliance***. 2013. 100 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JATOBÁ, Daniel. **Teoria das Relações Internacionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

JUBILUT, Lyra, L., MONACO, Campos, G.F. E. (02/2012). **Coleção Saberes do Direito 56 - Direito Internacional Privado**. [Minha Biblioteca]. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169142/ Acesso em: 15 set. 2018.

LAGES DE CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e Brasil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEMOS, Jordan Tomazelli; ZAGANELLI, Margareth Velis. Cooperação Jurídica Internacional: Do auxílio direto na persecução de crimes de lavagem de capitais. **In: Revista Jurídica Cesumar Mestrado. Maringá: Vol. 18, número 1, 2018.** Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6111/3183> Acesso em: 30 out. 2018.

LOPES, Samuel Henderson Pereira. «**O instituto da responsabilidade civil no Código Civil de 2002**». Revista Âmbito Jurídico [em linha]. actual. 11 abr. 2011. [Consult. 25 mai. 2019]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9125&revista_caderno=7>. ISSN - 1518-0360.

ISSNe 2595-1602

MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany; PAIVA, Fernando. **Lei anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Lino Edmar. Direito Penal Econômico e a Operação Lava Jato. **In: Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará.** Fortaleza: Ano IX, número 2, 2017.

MIGUEL, AdétrioPilartes. **Os malefícios da corrupção política na concretização do Estado democrático de direito angolano.** Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/18479/1/Miguel_2016.pdf. Acesso em: 5 mar. 2018.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação ManiPulite. **In: Revista CEJ. Brasília, n. 26, 2004.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/625/805>. Acesso em: 24 set. 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. **Corrupção e Anticorrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Fabíola de Jesus; DE ALMEIDA, Andreia Alves. Direito Penal e Constituição - A eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção: O efeito dominó na Operação Lava Jato.**In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016.** Brasília: CONPEDI, 2016.

PESTANA, Marcio. **Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013**. Barueri, SP: Manole, 2016.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Secretaria Geral da OCDE. **Relatórios econômicos OCDE: Brasil, resumo fevereiro de 2018**. Disponível em: < https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf > Acesso em: 7 mar. 2018.

ISSNe 2595-1602

TARTUCE, Flávio; **Manual de Responsabilidade Civil**, 1ª Edição, São Paulo: Forense, 2018 [Consult. 29 mai. 2019], Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2037-Manual-de-Responsabilidade-Civil-2018-Flvio-Tartuce.pdf>, ISBN 978-85-309-8220-1.

TOFFOLI, José Antonio Dias; e CESTARI, Virgínia CharpinelJunger. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil.**In: Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e de recuperação de ativos: cooperação em matéria civil.** 2 ed. Brasília: Artecor Gráfica e Editora Ltda.

ISSNe 2595-1602

TRANSFORMAÇÕES DIGITAIS E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: "risquificação" e as evidências regulatórias do direito português

Direito Civil-constitucional Contemporâneo – Personalidade

Anderson Mascarenhas Santos[1]

RESUMO: O presente artigo propõe-se a retratar a proteção de dados pessoais afetos ao direito de personalidade no Brasil, essenciais ao exercício da cidadania e à dignidade do ser humano, em vista do surgimento de novas tecnologias, com um enfoque constitucional e à luz dos direitos fundamentais. Considerando que as temáticas envolvendo tecnologia estão em alta, sobretudo quando os relaciona com o direito civil e seus institutos, destaca-se a necessidade de regulamentação da matéria. Para tanto, é ventilada a preocupação mundial na proteção desses dados, em vista de violações pelo uso indevido, com um processo chamado de "regulação do risco". Para legitimar tais juízos, recorreu-se a pesquisa bibliográfica e a análise de Leis brasileiras e de Portugal relativas ao assunto.

Palavras-chaves: Tecnologia. Proteção de dados pessoais no Brasil. Privacidade. Direito fundamental. Direito português.

ISSNe 2595-1602

[1] Delegatário de Registros Públicos no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Brasil. Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito Tributário pela *JusPodivm*. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Pós-graduando em Direito Notarial e Registral pela Damásio Educacional/*Ibmec*. Aluno especial do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – nível de doutoramento. *E-mail*: *andersonmascarenhas@hotmail.com*

1 INTRODUÇÃO

O mundo mudou. A revolução digital fez com que atitudes, corporações e produtos fossem radicalmente alterados e/ou esquecidos. Mensagens de textos e ligações foram substituídas pelo *WhatsApp*, a reserva de hospedagens passou a ser feita pelo *Airbnb,* o transporte de passageiros em veículos automotores agora é *Uber,* os filmes fotográficos foram substituídos por imagens digitais de *smartphones* para serem postadas nas redes sociais *Facebook* e *Instagram*[2].

As relações humanas e jurídicas são dinâmicas, portanto, não há como se acomodar com as conquistas alcançadas. A obsolescência das tecnologias da informação, alicerçadas pelos constantes avanços científicos, vai fazer com que a inteligência artificial transforme a vida das pessoas.

Esse dinamismo também torna as normas vigentes retrógradas, assim, o Direito Privado pátrio necessita passar por inúmeras transformações, sendo imperioso estudos e reflexões sobre o que se altera e o que ainda existe de seus principais institutos.

Diante das demandas do mercado, em tempos contemporâneos, vê-se o entrelaçamento dos interesses financistas do grande capital transnacional e da burocracia estatal. Mas, a segurança tecnológica e jurídica dessas novidades deve ser debatida. Sem olvidar da invasão a dados para obtenção de informações privilegiadas e até para a aplicação de golpes.

Este artigo servirá para debater a proteção de dados afetos aos direitos de personalidade, diante das transformações digitais, expondo os fundamentos doutrinários e legais dessa realidade, observando-se os ordenamentos jurídicos de Portugal, um dos pioneiros no assunto (por isso a escolha), e do Brasil.

2 TECNOLOGIA, DADOS PESSOAIS E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

Como em toda tecnologia, em que pese os pontos positivos, a relação com informações inerentes à pessoa e a segurança do trâmite de dados, traz à baila as seguintes questões:

[2] Essas aplicações são chamadas de tecnologia disruptiva, tida como aquela que rompe padrões, modelos ou tecnologias estabelecidos no mercado.

ISSNe 2595-1602

a) De que modo os dados pessoais serão protegidos quanto à privacidade na utilização de sistemas, sobretudo em época de *Big Data*[3]?

b) Como essa realidade digital será amparada pelo sistema jurídico brasileiro, posto que o direito deveria acompanhar a dinâmica das transformações tecnológicas?

c) Qual tratamento é conferido pelas regras do direito privado nos casos do uso da tecnologia envolvendo dados pessoais?

Questões como essas, relacionadas com direitos fundamentais e direitos da personalidade, demonstram a necessidade de enfrentamento da problemática, com o estudo da eficácia da norma diante das inovações tecnológicas, em busca de adequação teórica e legiferante, bem como na transformação da aplicação do direito, com vistas a tentar solucionar os problemas da sociedade brasileira contemporânea, sobretudo a proteção de dados.

2.1 Direito de personalidade e a privacidade como direito fundamental

Os institutos do Direito Privado, especialmente os do direito civil devem ser compreendidos sob a ótica da efetiva tutela dos direitos fundamentais. Em tempos contemporâneos, o jurista deve ter visão ampla e multidisciplinar no estudo das relações privadas e o uso da tecnologia, de modo a consolidar a funcionalidade e a contextualização dos institutos jurídicos, hoje considerados inclusos em um sistema que privilegia direitos fundamentais, não mais vistos de forma isolada na sua natureza jurídica.

Ora, para compreender qualquer tema de direito privado na contemporaneidade, o jurista deverá partir de elementos relacionados aos direitos fundamentais, posto que a dignidade da pessoa é o objetivo maior do ordenamento jurídico pátrio, expressa como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Nesta senda, não caberá a afirmação da supremacia do interesse público, haja vista que o Direito Civil contemporâneo se baseia nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade. Entrementes, nas relações privadas, os direitos fundamentais devem ser resguardados em prol da autonomia privada, não se submetendo aos limites afetos das relações de Direito Público. Insta registrar que no Direito Privado não existe uma metodologia isolada, cabendo observar os valores ou

[3] *Big Data* é o manejo de grandes volumes de dados, mediante análise e interpretação, sendo ferramentas na definição de estratégias por corporações públicas e privadas.

ISSNe 2595-1602

interesses a serem protegidos no contexto e a lógica que funda o ramo do direito ou o instituto.

Considerando a constitucionalização e a novel codificação civilista do início do século XXI, há necessidade de revisões, atualizações e alterações na teoria e legislação brasileira, nos mais diversos institutos, notadamente os de cunho existencial, voltados aos direitos de personalidade, sobretudo em épocas da tecnologia disruptiva e o trâmite de dados pessoais.

O uso da tecnologia deve ser acompanhado por uma regulamentação que padronize a tecnologia a ser utilizada, assim como a necessidade de adequá-la às regras de armazenamento arquivístico digital.

Além de simbolizar a restauração da democracia no Estado Brasileiro, a CF de 1988[4] o caracterizou como Estado de Direito, promulgando em seu preâmbulo como valores maiores de uma sociedade fraternal, não preconceituosa e plural, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, dentre outros.

Em decorrência dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa e da cidadania, exsurge o direito fundamental à privacidade de dados pessoais. Esse direito se refere ao conjunto de atributos intrínsecos à pessoa, que o acompanhará desde o nascimento até a morte (ou para além da morte), de modo a individualizá-la na sociedade, abarcando direitos como os de personalidade e de família: nome, gênero, filiação etc., estando afeto, ainda, aos estudos da autonomia, notadamente existencial.

Por causa do dinamismo das relações socioculturais e o advento de tecnologias, novos comportamentos brotam e fazem com que as Leis fiquem ultrapassadas, sendo necessário que essas novidades sejam reguladas pelo ordenamento jurídico, sob pena de criar ou manter grupos marginalizados, tendo seus direitos fundamentais surrupiados, ou de permitir que dados pessoais sejam utilizados indiscriminadamente por grandes empresas, tendo em vista que informação é poder, ainda mais em tempos capitalistas.

Tais situações abrangem comportamentos vivenciados pela sociedade contemporânea, que necessitam de amparo estatal para o seu reconhecimento e plena eficácia jurídica, de maneira célere e segura.

[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019

ISSNe 2595-1602

Entrementes, a magnitude e o grau de nobreza dos direitos essenciais da pessoa, que se revestem da força qualificadora das características inderrogáveis da *persona*, ensejam tratamento distinto, elevado e emergencial a ser sufragado.

Na sociedade contemporânea, necessita-se consagrar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, baseado no respeito dos direitos intrínsecos ao ser humano, sem que vulnere a segurança jurídica ou negligencie as relações interpessoais, pelo contrário, resguarde todas as nuances da dinâmica social, não condescendendo com lesões casuais e refratárias.

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça do Brasil foi alvo de *hackers*, cuja ação causou o vazamento de milhares de dados como nome, CPF e números de contas bancárias, resultante do acesso a 17 bancos de dados, como o Cadastro Nacional de Adoção e o Sistema Nacional de Bens Apreendidos[5].

Além disso, o uso de aplicações tem se mostrado vulneráveis, vindo à tona na imprensa nacional diversos casos de golpes, mediante acesso ilícito a esses meios, a exemplo da clonagem do aplicativo *WhatsApp*[6], permitindo o acesso não permitido de dados pessoais.

Assim, é necessária a proteção de dados pessoais no uso da tecnologia, de modo a assegurar o direito fundamental à privacidade na era digital. Isso abarca a estrutura e a função dos institutos civilistas, para averiguar se consonante com a Constituição Federal do Brasil (CF/BR), de modo a indicar medidas protecionistas e eficazes aos direitos fundamentais nas relações privadas.

Insta destacar que o direito à privacidade de dados pessoais está umbilicalmente emaranhado à dignidade humana, anunciada no artigo 1°, III, da CF brasileira. É na materialização desse direito que o exercício da cidadania plena tem hodiernamente um dos seus maiores desafios, posto que restrições acabam ocorrendo. Por isso, a fundamentalidade dos direitos de personalidade, torna imperiosa a implantação de meios para a efetivação do direito à privacidade de dados pessoais.

ISSNe 2595-1602

[5] MUNIZ, Mariana. CNJ sofre ataque hacker com vazamento de dados. **Valor Econômico**. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/6192567/cnj-sofre-ataque-hacker-com-vazamento-de-dados>. Acesso em: 10 abr. 2019.

[6] COUTINHO, Mariana. Novo golpe rouba seu WhatsApp sem usar vírus; entenda e saiba como evitar. Criminosos se passam por representantes de sites de vendas para clonar WhatsApp de usuários. **Techtudo**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/05/novo-golpe-rouba-seu-whatsapp-sem-usar-virus-entenda-e-saiba-evitar.ghtml>. Acesso em: 29 maio 2019.

No que diz respeito à privacidade de dados pessoais, é importante a análise acerca da estrutura das normas de direito fundamental (regras ou princípios). Para Humberto Ávila[7], os princípios são normas finalísticas, que requerem o uso de condutas que colaborem para a promoção gradativa de um "estado ideal das coisas". Mais rígidas, as regras expõem um comportamento obrigatório, aceito ou proibido, porém, sobrepuja esse conceito de regra, tradicionalmente defendido, concebendo a sua possibilidade de ser também ponderada num caso concreto.

Ao seguir tal corrente, verifica-se ser o princípio a estrutura da norma que informa a privacidade de dados pessoais, ela traz consigo a exigência da adoção de comportamentos para a promoção do estado ideal da dignidade humana, além da cidadania.

Quando se fala em princípios, não se pode olvidar da influência constitucional na formação deles, tendo em vista a superior hierarquia normativa da Carta Política, o que subordina todas as outras normas existentes no ordenamento jurídico pátrio. Registra-se também que a Constituição deixa de tratar unicamente da organização do Estado para cuidar dos direitos individuais e sociais, protegendo-os.

Saber dos fundamentos constitucionais é de extrema importância para conhecer as regras civilistas. Houve uma constitucionalização[8] do Direito Civil, cujos institutos adquiriam um novo *status* na seara jurídica nacional. Assim, Direito Civil brasileiro passa a ter grande influência dos ideais do legislador constituinte contemporâneo, que é dar prevalência a valores mais humanos e sociais. Portanto, nas palavras dos doutrinadores Farias e Rosenvald[9]:

> é preciso que o jurista contemporâneo, em respeito à supremacia constitucional, busque conferir-lhe efetividade, inclusive ao tratar das relações privadas [...]. É no dia-a-dia, no cotidiano forense (inclusive nas lides do Direito de Família), que se há de respeitar a eficácia irradiante das garantias e normas constitucionais.

ISSNe 2595-1602

[7] AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 38 e 40.

[8] Importante ressaltar que constitucionalização difere da publicização, embora muitas pessoas confundam os significados. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, em seu artigo intitulado *Constitucionalização do direito civil*, publicado na Revista de Informação Legislativa nº 141, ano 36, meses de janeiro a março de 1999, "a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil."

[9] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33-34.

No Brasil, a privacidade é direito fundamental, previsto no art.5°, X e XII, da *Lex Legum*, bem como é direito de personalidade, nos termos do art. 21 do *Códex* Civil[10], ambos do Brasil. Com o uso da tecnologia, a privacidade passa a ter novas perspectivas, notadamente pela discussão sobre a proteção de dados desse direito fundamental.

Segundo Diniz[11], a ordem jurídica tem um conceito básico intitulado personalidade, inerente a todas as pessoas e consagrada nas leis civis e nos direitos, de ordem constitucional, à vida, liberdade e igualdade. Assim, o direito da personalidade é tido como "o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc.".

Para Pontes de Miranda[12], em seu Tratado de Direito Privado, seguindo uma lógica proposicional para conceituar personalidade, é fato jurídico o "ser pessoa", tanto que:

> A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação. Outros direitos, porém, surgem de outros fatos jurídicos em cujos suportes fáticos a pessoa se introduziu e em tais direitos ela se faz sujeito de direito. A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornam fatos jurídicos; portanto a possibilidade de ser sujeito em direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é *entrar* no suporte fático e *viver* nas relações jurídicas, como um dos termos delas. Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter *quaisquer* direitos; basta que possa ter *um* direito. Quem pode ter um direito é pessoa. (grifos do autor)

Nessa lógica proposicional de Pontes de Miranda, Farias e Rosenvald[13] acrescentam que a personalidade jurídica é:

> [...] muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna. Em necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota, destarte, na possibilidade de alguém (o titular) ser sujeito de direitos, mas, por igual,

[10] BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.
[11] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**; v. 1: Teoria geral do direito civil. 24ª ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114-120.
[12] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**; v. 1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 207-210.
[13] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 15. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 179-180.

ISSNe 2595-1602

> relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Gagliano e Pamplona Filho[14] pronunciam que "o homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência". Em meio aos direitos de personalidade, encontra-se o direito à integridade psíquica, voltado aos atributos de inteligência e sentimental, nos quais se destaca o direito à privacidade, sendo que, em vista do avanço tecnológico:

> Os atentados à intimidade e à vida privada, inclusive por meio da rede mundial de computadores (Internet), tornaram-se muito comuns. Não raro, determinadas empresas obtêm dados pessoais do usuário (profissão, renda mensal, *hobbies*), com o propósito de ofertar os seus produtos, veiculando a sua publicidade por meio de indesejáveis *spams*, técnica, em nosso entendimento, ofensiva à intimidade e à vida privada.

A respeito do direito à privacidade e a sua inviolabilidade, Venosa[15] expõe que cada vez mais é uma preocupação de todos a tutela da intimidade, asseverando que "não se pode permitir que a tecnologia, os meios de comunicação e a própria atividade do Estado invadam um dos bens mais valiosos do ser humano, que é o seu direito à intimidade".

Nader[16] ressalta que a intimidade resta devassada com o rápido desenvolvimento da tecnologia, sendo um fato grave na atualidade, considerando que "a privacidade pode ser alcançada, também por meios eletrônicos cada vez mais sofisticados e que estão desafiando a argúcia do legislador".

Ao dissertar sobre a era digital e os direitos, Manuella Santos[17] diz que a tecnologia e a evolução da humanidade andam de mãos dadas, interagindo com comunicação/informação. Para ela, a sociedade da informação é "cada vez mais digital, mais virtual, e menos concreta. Uma evidência disso são os sites de relacionamento, como o *Orkut*, que inclusive causa lesão a direito da personalidade".

A propagação de dados instantaneamente apresenta benefícios, mas também traz malefícios, em vista de violações mediante uso de dados irrestritamente. É uma

ISSNe 2595-1602

[14] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**; v. 1: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 197 e 227-234.
[15] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral, v. 1. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 157.
[16] NADER, Paulo. **Curso de direito civil**; v. 1: Parte geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 171.
[17] SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**: impactos, controvérsias e possíveis soluções.1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91-96.

atividade de riscos, diante da possibilidade de os dados pessoais serem expostos ou utilizados de modo abusivo. Na lição de Doneda[18]:

> As tecnologias da informação contribuíram para que a informação pessoal se tornasse algo capaz de extrapolar a própria pessoa. […] Por esse motivo proteção de dados pessoais é tida em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e é considerada como um direito fundamental.

Segundo Zanatta[19], na teoria da proteção de dados pessoais, existem dois modelos, o da autodeterminação informacional e o da regulação do risco, sendo que, atualmente, se vê um processo de "risquificação", motivo pelo qual é importante debater o tema juridicamente, para propor medidas de proteção às liberdades fundamentais diante no incremento tecnológico. Para ele, é relevante compreender o processo de "risquificação" por três motivos:

> Primeiro, pois significa a superação de um olhar voltado exclusivamente à regulação *ex post*, ou seja, às formas de punição e reparação por instrumentos civis e penais após a ocorrência de um dano, retomando um debate sobre precaução e proteção de dados pessoais (COSTA, 2012). Segundo, pois a risquificação da proteção de dados pessoais força uma aproximação com teorias de "regulação do risco" utilizadas em outras áreas como nanotecnologia, engenharia genética e regulação ambiental (ADAMS, 2009) – e muito pouco conhecidas no debate sobre proteção de dados pessoais, notadamente marcado por um viés de direito civil e direito do consumidor. Terceiro, pois a risquificação incita a formulação de novos problemas pouco discutidos na literatura brasileira: quais os riscos sociais existentes em inovações tecnológicas e processos de coleta e análise de dados pessoais? Como empresas de tecnologia e governos, que fazem uso intensivo de dados, podem dimensionar e mitigar "riscos a liberdades fundamentais" (SPINA, 2017)? Como contestar, individualmente e coletivamente, "análises de impacto à proteção de dados pessoais" (WRIGHT e DE HERT, 2012) eivadas de vício ou mal formuladas? Como combinar o direito civil com um conjunto regulatório, que combina técnicas de regulação de comando-e-controle e instrumentos de corregulação, para formação de um "direito do risco" (BARONE, 2006)?

Já Zuboff[20] ao tratar do *Big Data* e as perspectivas de uma civilização da informação, assevera que o mundo vive sob o manto do capitalismo de vigilância

[18] DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *In*: **Direito digital: direito privado e internet**; org. por Guilherme Magalhães Martins. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 61.

[19] ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação do risco: uma nova moldura teórica? *In*: **Artigos Selecionados REDE 2017**: I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet: 2017. Disponível em: <http://www.redegovernanca.net.br>. Acesso em: 30 abr. 2019. p. 176.

[20] ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization (April 4, 2015). **Journal of Information Technology (2015)** 30. DOI: 10.1057/jit.2015.5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2594754>. Acesso em: 01 jun. 2019. p. 75-89.

ISSNe 2595-1602

informacional, baseado em uma nova lógica de acumulação, com fins de produção de receita e controle de mercado, ou seja, lucro.

A referida autora ainda aborda questões envolvendo consentimento e autonomia nesses casos. Percebe-se que a autonomia resta dissimulada quanto à permissão para uso de dados mediante o "devido consentimento e notificação", sem olvidar das questões éticas e da dificuldade dos titulares desses dados em acompanhar como suas informações pessoais são utilizadas.[21]

Sobre a autonomia, Requião [22] aborda a questão da autonomia extrapatrimonial, voltada para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade, chamada de existencial, trazendo à baila limitações a essa autonomia, além de ideias sobre a autodeterminação e a privacidade do sujeito. Inclusive, a V Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado 404 [23], estabelecendo que a tutela da privacidade abarca diversos controles dos dados da pessoa, nos âmbitos espacial, contextual e temporal, "sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas".

Logo, a pessoa, seus dados pessoais e os correspondentes institutos jurídicos civis, relacionados com a personalidade, a autonomia existencial e a privacidade da era cibernética, não devem ser esquecidos em prol de uma hipotética preeminência de avanços com o uso da tecnologia, sob pena de surrupiar os fundamentos da CF brasileira.

ISSNe 2595-1602

3 O TRATAMENTO JURÍDICO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL

[21] ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization (April 4, 2015). **Journal of Information Technology (2015)** 30. DOI: 10.1057/jit.2015.5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2594754>. Acesso em: 01 jun. 2019. p. 75-89.

[22] REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 25.

[23] BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 404**. EMENTA: DIREITOS DA PERSONALIDADE, VIDA PRIVADA, DANO MORAL, INDENIZAÇÃO, REQUERIMENTO. A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>. Acesso em: 02 jun. 2019.

Diante da importância do tema atualmente, se faz necessário abordar como os ordenamentos jurídicos português e brasileiro tratam da proteção de dados pessoais. A regulamentação de dados é uma preocupação mundial. Blocos econômicos já discutiram a questão e editaram normas, tal qual o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), aprovado no ano de 2018 pela União Europeia, servindo de base para a normatização brasileira, como se verá mais a frente, inobstante o assunto já tenha sido objeto de regulamentação em ordenamentos jurídicos de outros países, tal como o de Portugal.

3.1 Breve análise do tratamento dos dados pessoais no direito português

Foi no ano de 1976 que a Constituição da República Portuguesa[24] consagrou, diante da utilização da informática, a proteção dos dados pessoais como direito fundamental, conforme o seu artigo 35, *in verbis*:

> 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos previstos na lei.
>
> 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.
>
> 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.
>
> 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.
>
> 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.
>
> 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.
>
> 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

Segundo Castro[25], o art. 35 da Constituição portuguesa surge para regular juridicamente os problemas que vieram junto com uso do computador. Para ela, o comando constitucional:

[24] PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/ARTIGO_35_CRP.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019

ISSNe 2595-1602

> Instituiu um direito fundamental à autodeterminação informativa, traduzido num conjunto de direitos relacionados com o tratamento automático das informações pessoais dos cidadãos, que visam, simultaneamente, protegê-las perante ameaças de recolha e de divulgação, assim como de outras utilizações possibilitadas pelas novas tecnologias, e, também, assegurar aos respetivos titulares um conjunto de poderes de escolha nesse âmbito.

Baseado na supremacia dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, com o intuito de aumentar a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais no campo da vida privada, diante do tratamento automatizado de dados pessoais, em 1981, a União Europeia editou a Convenção de nº 108[26].

Na década de 90 foi aprovada a primeira lei portuguesa de proteção de dados (Lei nº 10, de 29 de abril de 1991), disciplinando o uso e o controle dos dados pessoais, além de prever a criação da CNPD, que se efetivou no ano de 1994, mas tinha outra nomenclatura.

A União Europeia – UE, em 1995, editou a Diretiva nº 95/46/CE, que trata da proteção dos indivíduos quanto ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, determinando aos Estados-Membros o prazo de três anos para a sua incorporação no direito interno. Em razão disso, a República de Portugal aprovou a nova lei de proteção de dados pessoais (Lei nº 67, de 26 de outubro de 1998)[27], atendendo aos ditames da Diretiva, revogando as legislações anteriores.

A respeito desta Diretiva, Castro[28] ressalta que:

> Pretendeu harmonizar a defesa dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares em relação aos tratamentos dos dados pessoais e, simultaneamente, assegurar a livre circulação desses dados entre Estados membros, condição indispensável ao funcionamento do mercado interno europeu. As normas europeias procuraram resolver os problemas gerados pela vulgarização dos computadores pessoais e da sua utilização por

[25] CASTRO, Catarina Sarmento e. **40 anos de "Utilização da Informática"**: O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa. E-Pública, Lisboa, v. 3, n. 3, p. 84-99, dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2019.

[26] UNIÃO EUROPEIA. **Convenção 108 de 1981 da União Europeia para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 08 maio 2019.

[27] PORTUGAL. **Lei n. 67/98, de 26 de Outubro**. Lei da Protecção de Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/LPD.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

[28] CASTRO, Catarina Sarmento e. **40 anos de "Utilização da Informática"**: O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa. E-Pública, Lisboa, v. 3, n. 3, p. 84-99, dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ISSNe 2595-1602

> entidades públicas e privadas. A realização de tratamentos de dados deixara de ser privilégio do Estado (*Big Brother*) e de grandes empresas privadas envolvendo muitos clientes ou muitos funcionários, para se tornar acessível a cidadãos e pequenas empresas (*Little Brother*).

Após, veio a Lei nº 69, de 28 de outubro do mesmo ano, que disciplinou a proteção de dados pessoais e a defesa da privacidade no setor das telecomunicações, tendo em vista outra diretiva da União Europeia, voltada ao setor das Telecomunicações (Diretiva nº 97/66/CE).

No ano de 2000, houve a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[29], tratando em seu art. 8º da proteção de dados pessoais:

> 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
>
> 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
>
> 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

ISSNe 2595-1602

Em 2004, a Lei nº 69/1998 foi revogada pela Lei nº 41/2004, transpondo outra Diretiva da UE (2002/58/CE), além de complementar as disposições da Lei nº 67/98 (Lei da Proteção de Dados Pessoais). Em 2012, a Lei n.º 46 alterou alguns artigos da de nº 41. Recentemente, vieram no âmbito comunitário regulamentos da União Europeia sobre a questão, tal como o de nº 679, de 27 de abril de 2016, que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), sendo atualizado em maio de 2018.

Em terras lusitanas, a Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD, entidade administrativa com atuação independente e poderes de autoridade, funcionando junto da Assembleia da República, é a autoridade nacional de controle de dados pessoais.

A função precípua da CNPD é controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, com vistas a proteção dos direitos humanos e garantias consagradas na Constituição portuguesa e na Lei. Diante do direito comunitário, a Comissão também coopera com as autoridades de controle de proteção de dados de outros Estados (países).

[29] UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTAFUNDAMENTAL.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

Após esse histórico tutelar dos dados pessoais, percebe-se que Portugal está bem à frente do Brasil quanto ao tratamento jurídico da proteção de dados pessoais cuja preocupação constitucional ocorre há mais de 40 anos, preocupação ainda em alta, em vista das alterações legislativas na medida em que a tecnologia evolui, com fins a garantir os direitos das pessoas em utilizarem os meios informatizados de comunicação.

3.2 O tratamento dos dados pessoais no direito brasileiro

No Brasil, a matéria foi tratada tardiamente, inobstante a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, a tutela em específico de dados pessoais surgiu no ano passado, com a edição da Lei n. 13.709/2018, mas sua regulamentação ainda é objeto de discussão no Poder Legislativo do Brasil.

3.2.1 O Marco Civil da Internet

A Lei nº 12.965/2014[30], conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, bem como as diretrizes para atuação dos entes federados em relação à matéria.

Pela citada Lei, a regulamentação do uso de meios digitais em terras tupiniquins, considerando a escala mundial e a finalidade social da rede, tem como fundamentos o respeito à liberdade de expressão, aos direitos humanos, ao desenvolvimento da personalidade, ao exercício da cidadania, além da pluralidade, diversidade, livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor.

Diversos são os princípios aplicáveis à disciplina da matéria, dentre os quais a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal, a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas, sem olvidar da proteção da privacidade e dos dados pessoais, este na forma da lei.

Requião[31], ao escrever sobre o terrível mundo do controle na era digital – o famoso *big brother*, e a relação com a privacidade, o consentimento expresso e o Marco Civil da Internet, estabelece que, nessa legislação, está:

[30] BRASIL. **LEI Nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 09 maio 2019.

ISSNe 2595-1602

> dentre suas principais premissas, a proteção da privacidade do usuário da rede. A privacidade é colocada como um dos princípios disciplinadores do uso da Internet no Brasil - art. 3º, II da Lei 12965/14 -, sendo garantida em diversos níveis, tanto no que toca à inviolabilidade das comunicações dos usuários - como, por exemplo, no art. 7º, I, II e III da Lei 12965/14 -, como quanto à coleta e uso de seus dados pessoais - como, no mesmo art. 7º, VII, VIII e IX da Lei 12965/14.

Nos termos do art. 7º do Marco Civil da Internet, o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, sendo assegurados aos usuários a inviolabilidade: da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e privadas armazenadas, salvo por ordem judicial, na forma da lei.

Também são direitos dos usuários o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei, e informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem sua coleta, não sejam vedadas pela legislação e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet.

Ressalte-se que consentimento expresso do usuário sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais. Ao término da relação entre as partes, o usuário pode requerer a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na citada Lei. É assegurado ainda a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

No campo da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas, o Marco Civil da Internet estabelece que as medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

3.2.2 A Lei de proteção de dados pessoais

[31] REQUIÃO, Maurício. **1984, privacidade e o marco civil**. Disponível em: <https://mauriciorequiao.jusbrasil.com.br/artigos/146506565/1984-privacidade-e-o-marco-civil.>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ISSNe 2595-1602

No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente sobre a proteção de dados relativos à pessoa, no ano de 2018 foi editada a Lei nº 13.709[32], com vigência integral em meados de agosto de 2020, dispondo sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, alterando o Marco Civil da Internet.

Além dos fundamentos do Marco Civil da Internet, na disciplina da proteção de dados pessoais destacam-se o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Gouveia[33] relata que a Lei Geral de Proteção de Dados é um avanço jurídico, sobretudo por erigir a privacidade como um direito efetivamente tutelado, além de estabelecer as pessoas como titulares de seus próprios dados. E complementa:

> Além desse positivíssimo aspecto, que bastaria por si próprio, será também um passo importante para a competitividade internacional das empresas brasileiras. Quanto a isso, serve de exemplo a GDPR, que só permite a atuação na Europa de empresas que estejam em conformidade com as obrigações nela estabelecidas. Tal tendência é global. Os debates sobre proteção de dados ganham cada vez mais espaço e relevância. Mesmo nos EUA, terra da liberdade dos negócios, um empresário bilionário e notório foi convocado ao Congresso para se explicar sobre escândalo de dados vazados. A exclusão do Brasil desse processo fatalmente inviabilizaria nossas empresas no cenário global já em médio prazo. Será trabalhosa a adaptação, sem dúvida, mas há bom prazo para isso. E não há mais como, nos dias de hoje, desconsiderar a privacidade como um direito a ser efetivamente protegido, bem como negar que as pessoas sejam titulares dos dados/informações que as identificam — tanto mais aqueles sensíveis.

A referida Lei conceitua dado pessoal da seguinte forma:

a) propriamente dito: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

[32] BRASIL. **LEI Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 09 maio 2019.

[33] GOUVEIA, Fernando. Lei de proteção de dados não é apenas para empresas que atuam on-line. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/fernando-gouveia-lei-dados-nao-quem-atua-on-line.>. Acesso em: 02 jun. 2019.

ISSNe 2595-1602

b) de assuntos sensíveis: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

c) anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

O tratamento consiste em toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Esses atos devem observar a boa-fé e princípios próprios, como os da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Insta ressaltar que segurança no tratamento dos dados se consubstancia na utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão, sem olvidar da adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Nesta senda, o tratamento de dados pessoais somente deve ocorrer: se houver o consentimento pelo titular; para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador dos dados; para a execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, pela administração pública; ou para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais.

Também é permitido o tratamento dos dados pessoais: quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e

ISSNe 2595-1602

liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

O consentimento é manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular, na Lei tratado como a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais, concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, devendo ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

Em sendo fornecido por escrito, o consentimento deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, cabendo ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto na Lei. Ademais, é vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

Para dados pessoais cujo acesso é público, o tratamento de deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização, sendo dispensada a exigência do consentimento para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos na referida Lei.

Entrementes, o controlador que obteve o consentimento do titular que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas na Lei, ressalvando, mais uma vez, que essa dispensa não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas em Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

Destaca-se que o consentimento: deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas; pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação.

Importante evidenciar que será considerado nulo o consentimento caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

ISSNe 2595-1602

E se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca da finalidade, forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial, informações de contato do controlador.

A legislação em tela ainda prevê a responsabilidade pelo tratamento irregular de dados pessoais, quando causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, sendo obrigado a repará-lo.

A previsão é de responsabilidade solidária entre operadores e controladores, salvo nos casos de exclusão previstos na Lei, podendo haver inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a juízo do Magistrado, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

ISSNe 2595-1602

Será irregular o tratamento de dados pessoais quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, tais como o modo pelo qual é realizado, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

A Lei nº 13.709/2018 disciplina ainda medidas de segurança e de boas práticas por agentes de tratamento dos dados pessoais. Essas medidas devem ser aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Inclusive, os sistemas utilizados devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares.

Neste ínterim, se faz necessário que os agentes de tratamento sejam fiscalizados e sofram sanções administrativas em razão das infrações cometidas às normas previstas na Lei, aplicáveis pela autoridade nacional, sem esquecer de sanções de âmbito civil e criminal previstas em outras legislações.

Referidas sanções constam da Lei nº 13.709/2018, podendo ser advertência, multa simples, multa diária, publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência, bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização, e eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração, tudo após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados parâmetros e critérios (gravidade, boa-fé, vantagem auferida, condição econômica, reincidência etc.).

A referida Lei fez com que o Brasil deixasse de ser retardatário na proteção de dados pessoais, mas, observando a tramitação deste diploma legislativo[34], vê-se que o então presidente da República, Michel Temer, vetou os artigos que criavam e estruturavam a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), sob o argumento de que caberia ao Poder Executivo tratar da criação do Órgão, ou seja, a iniciativa é privativa do presidente da República para propor leis que criem órgãos da administração pública federal, conforme os ditames constitucionais. Assim, editou a Medida Provisória (MP) de n. 869, em 27 de dezembro de 2018.

Com cláusula de vigência imediata, na MP foi criada a ANPD como órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República, bem como foi instituído o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade - CNPDPP. A MP foi convertida em Lei, tombada sob o nº 13.853[35], em 8 de julho de 2019, e alterou a Lei nº 13.709/2018, sobretudo quanto à Autoridade e ao Conselho Nacionais.

A ANPD ficou responsável por zelar pela proteção dos dados pessoais, elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso, dentre outras atribuições.

Ao CNPDPP compete propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade e para a atuação da ANPD, elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das ações da Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, sugerir

[34] MEDIDA provisória cria Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Câmara**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/570421-MEDIDA-PROVISORIA-CRIA-AUTORIDADE-NACIONAL-DE-PROTECAO-DE-DADOS.html>. Acesso em: 02 jun. 2019.

[35] BRASIL. **LEI Nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm>. Acesso em: 15 out 2019.

ISSNe 2595-1602

ações a serem realizadas pela ANPD, elaborar estudos e realizar debates e audiências públicas sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade, e disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população em geral.

Insta registrar que o Órgão de Autoridade previsto no texto vetado possuía a natureza de autarquia especial, vinculada ao Ministério da Justiça, sendo caracterizada pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Tanto na MP quanto na Lei convertida nº 13.853/2019, a ANPD restou subordinada à Presidência da República, assegurada autonomia técnica e decisória, não havendo autonomia administrativa, nem financeira, tampouco hierárquica, o que pode enfraquecer a efetividade da proteção de dados pessoais no Brasil.

No entanto, nesse ponto, com a edição da Lei nº 13.853/2019, a novidade é a natureza jurídica da ANPD, que é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República. Essa transformação decorrerá de avaliação em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.

ISSNe 2595-1602

Pelo exposto, além da implementação tardia de normas voltadas à proteção de dados pessoais, o Brasil ainda necessita avançar na temática, estabelecendo políticas efetivadoras da norma, em prol dos direitos dos usuários, seja criando um Órgão independente, para zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados, seja estimulando o debate e a discussão do assunto na literatura pátria.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como premissa que a temática contempla o direito fundamental à privacidade de dados pessoais, desdobramento da dignidade humana e da cidadania – como critério para a avaliação de um determinado grupo de regras na consolidação de direitos no âmbito civil, em vista da era digital, bem como o conteúdo encontrado na doutrina e nas legislações portuguesa e brasileira, após a apreciação dos aspectos proeminentes para este escrito, eis o arremate.

A análise da proteção de dados pessoais demanda uma abordagem constitucional em todos os seus aspectos, principalmente tendo em vista a necessidade de conformar a efetividade desses novos direitos aos ditames por ela previstos. Esta conformação é particularmente impositiva no caso do princípio da dignidade da pessoa em função de sua alta carga valorativa, enunciada na CF.

No processo de humanização do direito civil, no qual o ser humano assume um valor supremo no ordenamento, mister se faz a proposição de medidas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, na era digital, a fim de preservar a autonomia existencial.

Até tempos atrás, o Direito Civil, em razão de evidenciar pouca influência por transformações sociais, era considerado estável pela doutrina. Por tratar das relações privadas do indivíduo, alguns juristas resistiram e ainda resistem em adaptar suas ideias às evoluções econômicas, sociais e culturais vivenciadas na contemporaneidade. Então, era tido como um campo do direito onde o Estado não deveria intervir.

Ocorre que, com o constitucionalismo recente brasileiro, aflorou o Estado do Bem-estar Social, no qual as cartas políticas passam a dispor sobre a ordem econômica e social, além de valores fundamentais do ordenamento, a exemplo da dignidade da pessoa.

Neste ínterim, o Direito Civil brasileiro passou a ter influência mais intensa das Constituições, acontecendo de o Estado intervir nas relações privadas. A valorização da dignidade humana, como elemento principal do ordenamento jurídico, se torna presente nessas relações, sobretudo nas existenciais, relacionadas com os direitos de personalidade.

Este estudo baseou-se, principalmente, na contemplação de princípios fundamentais sobrelevados pela CF/BR de 1988, em especial àqueles relacionados com o direito à proteção de dados pessoais, como instrumentos efetivos para a consolidação de direitos na era digital e realização do Estado Democrático de Direito.

No âmbito desta concepção, a atenção aos direitos fundamentais no âmbito deste ramo possui especial relevância, pois a atuação do Estado se destina diretamente aos cidadãos, que podem ser arbitrariamente lesados, nos casos do uso de tecnologia.

Verificou-se que para a proteção de dados pessoais, muitos países estão adotando a teoria da regulação do risco, em vista do processo de “risquificação”, de vulnerabilidade no uso desses dados, motivo pelo qual se faz necessário que medidas regulatórias sejam implementadas pelo Estado, por meio de mudanças legislativas, para o resguardo das liberdades fundamentais diante no incremento tecnológico.

ISSNe 2595-1602

Seguindo o que ocorreu em Portugal, o Brasil já avançou ao editar duas Leis sobre a temática da proteção da privacidade, aqui debatida quanto aos dados pessoais, mas precisa avançar ainda mais, de modo a enquadrar estas regras nos limites constitucionais e, portanto, na conformidade com a contemplação e efetivação daquele direito fundamental, decorrentes das novas manifestações comportamentais e sociais, frutos da cultura e das relações sociais contemporâneas, sob o manto da tecnologia.

Destarte, conclui-se que, hodiernamente, é importante regular o uso da tecnologia no processamento de dados pessoais, relacionando com a eficácia social da norma civilista, com o fito de adequar os institutos privatistas à transformação digital, em consonância com as normas presentes na *Lex Legum* e os direitos fundamentais, notadamente à privacidade e à autonomia existencial.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 38 e 40.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 404**. EMENTA: DIREITOS DA PERSONALIDADE, VIDA PRIVADA, DANO MORAL, INDENIZAÇÃO, REQUERIMENTO. A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 09 maio 2019.

ISSNe 2595-1602

BRASIL. **LEI Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm>. Acesso em: 15 out 2019.

CASTRO, Catarina Sarmento e. **40 anos de "Utilização da Informática"**: O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa. E-Pública, Lisboa, v. 3, n. 3, p. 84-99, dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2019.

COUTINHO, Mariana. Novo golpe rouba seu WhatsApp sem usar vírus; entenda e saiba como evitar. Criminosos se passam por representantes de sites de vendas para clonar WhatsApp de usuários. **Techtudo**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/05/novo-golpe-rouba-seu-whatsapp-sem-usar-virus-entenda-e-saiba-evitar.ghtml>. Acesso em: 29 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**; v. 1: Teoria geral do direito civil. 24ª ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114-120.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *In*: **Direito digital**: direito privado e internet; org. por Guilherme Magalhães Martins. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 61.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33-34.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 15. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 179-180.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**; v. 1: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 197 e 227-234.

ISSNe 2595-1602

GOUVEIA, Fernando. Lei de proteção de dados não é apenas para empresas que atuam on-line. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/fernando-gouveia-lei-dados-nao-quem-atua-on-line.>. Acesso em: 02 jun. 2019.

MEDIDA provisória cria Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Câmara**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/570421-MEDIDA-PROVISORIA-CRIA-AUTORIDADE-NACIONAL-DE-PROTECAO-DE-DADOS.html>. Acesso em: 02 jun. 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**; v. 1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 207-210.

MUNIZ, Mariana. CNJ sofre ataque hacker com vazamento de dados. **Valor Econômico**. Disponível em <https://www.valor.com.br/politica/6192567/cnj-sofre-ataque-hacker-com-vazamento-de-dados>. Acesso em: 10 abr. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**; v. 1: Parte geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 171.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/ARTIGO_35_CRP.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

PORTUGAL. **Lei n. 67/98, de 26 de Outubro**. Lei da Protecção de Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/LPD.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. 2.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 25.

REQUIÃO, Maurício. 1984, **privacidade e o marco civil**. Disponível em: <https://mauriciorequiao.jusbrasil.com.br/artigos/146506565/1984-privacidade-e-o-marco-civil.>. Acesso em: 02 jun. 2019.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital:** impactos, controvérsias e possíveis soluções.1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91-96.

ISSNe 2595-1602

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTAFUNDAMENTAL.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção 108 de 1981 da União Europeia para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 08 maio 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral, v. 1. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 157.

ZANATTA, Rafael A. F. Proteção de dados pessoais como regulação do risco: uma nova moldura teórica? *In*: **Artigos Selecionados REDE 2017**: I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet: 2017. Disponível em <http://www.redegovernanca.net.br>. Acesso em: 30 abr. 2019. p. 176.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization (April 4, 2015). **Journal of Information Technology** (2015) 30. DOI: 10.1057/jit.2015.5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2594754>. Acesso em: 01 jun. 2019. p. 75-89.

ISSNe 2595-1602

O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA COMO MEIO DE EVITAR A DEVOLUÇÃO DE ADOTANDOS

Louise Oliveira Braga[1]

Renata Simonetti Teixeira[2]

RESUMO

A devolução ao Estado de crianças ou adolescentes adotandos tem se tornado prática costumeira no Brasil. Por este motivo, o presente artigo tem por escopo avaliar a importância do estágio de convivência com a finalidade de evitar a devolução dos adotandos, analisar os danos causados por essa devolução e demonstrar a responsabilidade civil por parte dos adotantes, uma vez que entendimento diverso violaria os princípios e direitos garantidos pelo Estatuto da criança e do adolescente e na Constituição da República. Tendo em vista a competência do Estado de garantir o melhor interesse da criança ou adolescente, verifica-se que deve assegurar-lhes a devida reparação, seja por meio de indenização por danos morais, pagamento de pensão alimentícia ou acompanhamento psicológico.

Palavras-chave: Adoção. Estágio de convivência. Devolução de adotandos. Responsabilidade civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduada em Direito pela Faculdade Martha Falcão – FMF. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Amazonas –UEA. Sócia e fundadora do Escritório de Advocacia Simonetti, Albuquerque & Braga. Membro da Comissão de Defesa, Soberania e Desenvolvimento da Amazônia Brasileira OAB/AM. E-mail: louisebraga.adv@gmail.com.

[2] Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Graduada em Administração pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em direito civil e processo civil pela Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Sócia e fundadora do Escritório de Advocacia Simonetti, Albuquerque & Braga. Membro da Comissão de Aperfeiçoamento jurídico da OAB/AM. E-mail: renata.simonettiadv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A adoção, de todas as modalidades de colocação em família substituta, é a mais completa, uma vez que transforma o adotando em um membro da família, não sendo permitida nenhuma distinção entre ele os demais integrantes, conforme o art. 227, §6º da Constituição Federal. Portanto, o adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer outro componente daquela família.

Nesse sentido, visando ao melhor interesse da criança e do adolescente, a legislação brasileira criou o chamado estágio de convivência, que consiste na possibilidade da família adotante estabelecer vínculos com o adotando antes da adoção ser de fato ser concretizada.

Dessa feita, esse período, conforme art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, deve durar no máximo, via de regra, 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por igual período. No entanto, não raramente, durante este período ou mesmo na audiência de instrução e julgamento em que a adoção deveria ser efetivada, a família adotante simplesmente devolve a criança ou adolescente para o Estado, sob a alegação de não ter mais interesse em adotá-lo ou por incompatibilidade familiar.

Assim, a Justiça, diante da devolução do adotando, acaba por enviá-lo novamente para a casa de acolhimento, o que causa ao adotando danos psicológicos, causados pelo abandono, pela segunda vez. Em contrapartida, a família adotante retorna a sua rotina, sem nenhuma obrigação legal em relação aos danos causados ao menor.

Dessa feita, o objetivo do presente artigo é avaliar a importância do estágio de convivência para se evitar a devolução do adotando, e analisar até que ponto a sua esfera jurídica e psicológica será afetada se ocorrer a sua devolução. Além disso, é salutar identificar se a família adotante pode, ou não, ser responsabilizada pela devolução do adotando após o término, ou durante, o estágio de convivência.

Além disso, faz-se imperioso verificar o que o Estado deve fazer em relação ao segundo abandono sofrido pela criança ou pelo adolescente. Ou seja, verificar se cabe ao Estado exigir indenização das famílias adotantes pelos danos causados ao adotando. Ao mesmo tempo é relevante identificar o que pode ser realizado pelo Estado para reduzir o número de devoluções de adotandos pelas famílias adotantes.

Para tanto, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e histórica, o presente artigo iniciar-se-á pelas questões gerais relativas ao instituto da adoção e do estágio de convivência. Posteriormente, verificar-se-á quais os efeitos causados aos adotandos a partir da sua devolução. Assim, finalmente, analisar-se-á o papel do Estado para mitigar ou até mesmo eliminar essas devoluções além de atribuir responsabilidade aos adotantes com relação aos danos sofridos por essas crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

ISSNe 2595-1602

2 A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro não confere à família um conceito unitário, ou seja, a ideia de família, atualmente, consiste na família nuclear, constituída de pais e filhos. Assim, a família se tornou a base de toda sociedade, pois garante aos seus membros princípios e direitos, sendo estes defendidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desse modo, o professor Paulo Nader[3], explica que a família tem um papel fundamental para a criação da prole, do equilíbrio emocional de seus membros e para a formação de uma sociedade digna, senão vejamos:

> Em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo social *sui generis,* que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica, é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade.

Assim, diante da importância da família para a criação de uma sociedade mais fraterna e, principalmente, com vistas à integração da criança e do adolescente no seio familiar, instituiu-se o instrumento da adoção, que permite transformá-los em membros da família, conferindo-lhes proteção jurídica integral.

Dessa forma, de todas as modalidades de família substituta previstas no ordenamento jurídico, a adoção é a mais completa, uma vez que é uma forma de inserção da criança ou adolescente em um novo núcleo familiar[4]. É por meio da adoção que a paternidade pode ser exercida em sua forma mais ampla e que se cria um vínculo jurídico de filiação.

Todavia, nem sempre o instituto da adoção existiu da forma que é aplicado nos dias atuais. Pelo Código Civil de 1916, só poderia adotar quem não tivesse filhos e a adoção seria feita por meio de escritura pública, sendo o vínculo apenas entre o adotante e o adotado, sem qualquer ligação com os demais ascendentes do adotando.

No entanto, a Constituição de 1988[5], no artigo 227, §6º, eliminou a distinção entre adoção e filiação, ao conferir direitos e garantias iguais aos filhos e proibindo qualquer descriminação, uma vez que tal diferenciação ocasionava problemas sucessórios entre os filhos adotados e os biológicos, haja vista que os adotados não concorriam em igualdade de condições com os filhos biológicos.

Dessa feita, buscando-se dar efetividade ao comando consagrador do princípio da proteção integral do menor, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) passou a regular a adoção dos menores de 18 anos,

[3] NADER, Paulo. **Curso de direito civil – Direito de Família**. Vol. 5. 6º. Ed.Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.5.
[4] MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 6º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.102.
[5] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Famílias. 9º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 497.

ISSNe 2595-1602

assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios. No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, a adoção passou a ser disciplinada tanto pelo ECA quanto pelo Código Civil Brasileiro.

Ademais, acerca do mesmo tema, dois tratados estão incorporados na legislação brasileira: a Convenção Relativa à proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção de Haia, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

2.1 A Família Contemporânea e o Poder Familiar

Como bem leciona Maria Berenice Dias[6], pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hodiernamente, observa-se que as pessoas estão acostumadas com famílias que se distanciam do perfil tradicional.

A família, como base da sociedade, é, sem sombra de dúvidas, um agrupamento de indivíduos que se unem em uma formação espontânea no meio social em que vivem. A família contemporânea se baseia em pilares como: afeto, ética, solidariedade e dignidade.

Portanto, cabe à família como o primeiro agente socializador do ser humano: orientar, cuidar, educar e direcionar os membros que a ela se filiam. Manter esses pilares ilibados é mais do que dever de toda família. O respeito deve existir mutuamente, o amor é, com certeza, o sentimento basilar e norteador, uma vez que onde há afeto há família, não podendo mais, nos dias atuais, falar-se no chamado “pátrio poder”.

No Direito romano o chefe da organização familiar, denominado *pater,* detinha o poder absoluto e ilimitado sobre os membros da família, ou seja, era ele quem exercia o direito de “vida” e de “morte” sobre os filhos. Como lembra Berenice Dias[7], o Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal.

A Constituição Federal de 1988 mudou totalmente este paradigma, ao preconizar no art. 5º, inciso I o tratamento isonômico ao homem e à mulher. O art. 226, § 5º assegurou-lhes direitos e deveres mútuos no que tange à sociedade conjugal, outorgando a ambos o desempenho do poder familiar. Nessa esteira, convém destacar que antes mesmo da CRFB/88 o Estatuto da Mulher casada (Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o “pátrio poder” a ambos os pais, embora fosse exercido pelo marido, com a colaboração da mulher.

O poder familiar também está disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) que, de acordo com disposto no art. 21, será exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, trazendo dessa feita, a igualdade em relação aos deveres estabelecidos na Constituição Federal.

[6] DIAS, Maria Berenice. op. cit, p. 39
[7] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9ºed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.434.

ISSNe 2595-1602

Nesse contexto, conveniente salientar que o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes impulsionou uma nova configuração ao poder familiar, que deve ser sempre exercido com base no interesse do filho. Por essa razão, se um ou ambos os genitores deixarem de cumprir com seus deveres, com comportamento capaz de prejudicar seu filho, o Estado deve intervir com aplicações de sanções como: a suspensão ou a destituição do poder familiar.

Acerca das sanções, impende considerar as lições de Maria Helena Diniz[8] que assevera ser a destituição do poder familiar sanção mais grave do que a suspensão. Por essa razão, sempre existirão filhos que serão afastados do poder familiar original e que devem ser inseridos em outro núcleo familiar. Nesse sentido, Kátia Regina Andrade Maciel[9] frisa que "(...) a adoção permaneceu inserida na lista das causas de extinção do poder familiar no Código Civil de 2002, como o era no Código Civil de 1916".

2.2 Evolução Histórica da Adoção

O instituto da adoção é um dos mais antigos que se tem conhecimento, isso porque é encontrado nos sistemas jurídicos das civilizações mais remotas[10]. Foi criado com a finalidade de dar filhos a quem não podia tê-los. Os povos mais antigos entendiam que os mortos deveriam ser cultuados por seus descendentes e, para evitar a extinção da família, aqueles que não tinham filhos poderiam adotar.

Encontra-se menção a tal instituto nos Códigos de Hamurabi e de Manu, na Bíblia no Livro de Deuteronômio e na Grécia antiga, mas foi em Roma que a adoção teve seu ápice, sendo instituída como instrumento do poder familiar.

Assim, os romanos davam à adoção uma função religiosa de natureza familiar, política e econômica, aquele que entrava para uma nova família tinha o vínculo rompido com a família anterior, passando a ser um estranho para esta. Não existia nessa época nenhuma discussão sobre a "proteção" da criança ou do adolescente.

No entanto, no período da Idade Média a adoção caiu em desuso, pois foi de encontro com os interesses da época, já que se a pessoa morresse sem herdeiros seus bens seriam herdados pelos senhores feudais ou pela Igreja.

Ademais, nesse período, os filhos eram considerados para os casais, bênçãos "divinas", e aqueles que não os podiam procriar, eram considerados "castigados", portanto, a esterilidade não deveria ser compensada com a possibilidade da adoção.

A adoção foi revigorada no direito moderno com a elaboração do Código Civil Francês. Segundo a história, Napoleão não conseguia ter filhos com sua imperatriz e por isso

[8] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** vol.5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.625.
[9] MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 6 ed.São Paulo: Saraiva, p. 192, 2013.
[10] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 496.

ISSNe 2595-1602

pensava em adotar, sendo, consequentemente, um dos maiores defensores da adoção na França.

No Brasil, a adoção sempre foi prevista em lei. O Código Civil de 1916 previa o instituto em seus artigos 368 a 378, localizados no Título V (Relações de Parentesco), Livro I (Do Direito de Família), Parte Especial. O referido Código dispunha que só poderiam adotar os maiores de 50 (cinquenta) anos, que fossem, pelo menos, 18 (dezoito) anos mais velhos que o adotando e não possuíssem prole legítima.

Em 1957, a Lei n. 3.133, de 8 de maio, atualizou o Código Civil de 1916 e reduziu a idade mínima do adotante para 30 (trinta) anos e a diferença entre adotante a adotado para 16 (dezesseis) anos, deixando de existir o requisito de ausência de filhos do casal adotante, desde que casados há mais de cinco anos.

Com o advento do Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979) estabeleceu-se no ordenamento jurídico brasileiro duas espécies de adoção: simples e plena. A Constituição Federal de 1988[11], conforme já se disse anteriormente, aboliu a distinção entre adoção e filiação ao deferir idênticos direitos e qualificação aos filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias.

Em decorrência desta nova roupagem do direito de família é que pode-se dizer que houve o surgimento da precitada Lei n. 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe uma sistemática mais atualizada para a adoção de crianças e adolescentes. Em assim sendo, no Brasil, pode-se entender pela existência de dois regramentos acerca da adoção: o regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, restrito a crianças e adolescentes e o regido pelo Código Civil de 1916, destinado a regular a adoção de maiores de 18 anos.

Nesse prisma, Maria Berenice Dias[12] destaca que o "ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade." Por isso, com o advento do Código Civil de 2002 instaurou-se uma grande cizânia doutrinária, que foi corrigida pela conhecida como Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009), em cujo art. 2º delegou ao ECA a adoção de crianças e adolescentes e determinou a aplicação dos seus princípios para a adoção dos maiores de idade (Código Civil, art. 1.619).

Portanto, nos dias atuais, não restam dúvidas que a adoção de crianças e adolescentes está sujeita tão somente às normas e princípios consagrados pelo ECA, tendo o Código Civil de 2002 passado a fazer referência unicamente à adoção de maiores de 18 anos.

2.3 Conceitos de Adoção e os Direitos Fundamentais

[11] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9º ED – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 497.

[12] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 497, 2013.

ISSNe 2595-1602

Inegavelmente a adoção é a mais completa de todas as modalidades de colocação da criança ou do adolescente em família substituta prevista no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que há a inserção destas no seio de um novo núcleo familiar transformando-as em membro da família. Galdino Coelho Bordallo,[13] com efeito, destaca que "por meio da adoção, será exercida a paternidade em sua forma mais ampla, a paternidade do afeto, do amor".

A adoção tem recebido na doutrina conceitos diferenciados, porém, apesar das mais diversas conceituações, todos concordam que a adoção cria um vínculo jurídico de filiação, ou seja, confere a alguém o *status* de filho, dando-se a esta modalidade de filiação a denominação de *parentesco civil*. Nesse sentido, Bordallo[14] afirma que "o termo adoção se origina do latim, de *adoptio*, com o significado em nossa língua, na expressão corrente, *tomar alguém como filho"*.

Na conceituação de Berenice Dias[15] tem-se que "a adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica". Desse modo, Arnoldo Wald[16] conceitua adoção como "um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente".

Importa citar, ainda, que Plácido e Silva[17] entende como "(...) ato jurídico, solene, pelo qual uma pessoa, maior de vinte e um anos, adota como filho outra pessoa que seja, pelo menos dezesseis anos mais moça que ela". Além disso, José de Faria Tavares[18] define adoção como "ato judicial complexo "[...] que transforma, por ficção jurídica, sob total discrição, um estranho em filho do adotante, para todos os fins de direito e para sempre".

Traz-se à colação Maria Helena Diniz,[19] que conceitua o instituto como:

> Ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vinculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

Desvinculado o laço de consanguinidade, a adoção é parentesco constituído pela lei, sendo vedada, em virtude da doutrina da proteção integral e da vedação de referências discriminatórias qualquer distinção desta filiação com relação à filiação

[13] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo, coordenador. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258-337.
[14] op. cit, p 258-337.
[15] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.497.
[16] WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. 5. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.315.
[17] SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 40, 1999.
[18] TAVARES, José de Faria. **Direito da infância e da juventude**. 1ª ed. Rio de janeiro: Del Rey, 2001, p. 149.
[19] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** vol.5. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 567-568.

ISSNe 2595-1602

biológica. Desde o advento da CRFB/88 estão assegurados os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção (art. 227, §6º, CF/88).

De acordo com o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho e desliga-se de qualquer vínculo com os pais biológicos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. Por isso é tão necessário que a igualdade esteja inserta na própria lei, pois não basta que a lei seja aplicada igualmente a todos.

Neste mesmo sentido, está o princípio da afetividade que é o norteador das relações familiares, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana. Maria Berenice Dias[20] assim se manifesta:

> O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais [...]. Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e a sua entrega à adoção.

Neste viés, é que o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a "adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

ISSNe 2595-1602

2.4 Reais Benefícios para o Adotando

Para que se realize a adoção alguns requisitos devem ser preenchidos, são eles: idade mínima do adotante, estabilidade da família, diferença de 16 anos entre adotante e adotando, consentimento dos pais biológicos, concordância do adotando e reais vantagens para ele.

O sobredito art. 43 do Estatuto de Criança e do Adolescente preconiza que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos." Dessa forma, representa a materialização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da doutrina da proteção integral. Não se pode olvidar que no meio de todo o trâmite processual que envolve a adoção está a criança ou adolescente e é o seu interesse que deve ser levado em consideração.

Por outro lado, é cediço que todos os atos devem ser praticados visando colocá-los em uma família substituta que, acima de tudo, ame o adotando, por isso que as vantagens da adoção devem ser aferidas no âmbito do afeto, que, no caso da adoção, deve ser tratado como um valor jurídico.

Desse modo, de acordo com o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio familiar ainda que, se não for possível ser na família biológica, que seja na família substituta. Assim,

[20] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.71.

eles têm o direito de ter uma família que os ame verdadeiramente, dando carinho, atenção e educação.

Não se pode negar que o adotando advém de uma situação de rejeição por parte da família biológica. O abandono de crianças ou adolescentes pode se originar por diversos motivos, quais sejam: destituição do poder familiar, morte dos pais, ou mesmo quando por alguma circunstância os pais resolvem entregar seus filhos para adoção.

Vale ressaltar que este último trata de um caso lícito de "abandono", porquanto não é considerado crime. Apontam-se como crime o desamparo, o abandono de crianças e adolescentes na rua ou na porta da residência de um desconhecido, etc. Reputa-se também como abandono quando os pais por qualquer motivo falecem e as crianças ou adolescentes são levadas a instituições de acolhimento. Portanto, não importa qual foi o motivo deste "primeiro" abandono, para a criança ou adolescente o impacto emocional será profundo.

Dessa feita, Bordallo[21] destaca que "a única e real vantagem que a adoção deve trazer ao adotando é uma família que o ame, não se devendo ter em plano principal a questão patrimonial". Em suma, deve-se priorizar o afeto da família pelo adotando ao patrimônio da família, vez que não se deve submeter à criança ou adolescente a novos momentos traumáticos, ou seja, fazer com que o adotando relembre desnecessariamente a situação de abandono pela qual passou anteriormente.

Infelizmente, a adoção não é garantia de que adotante e adotando sejam envolvidos pelo amor e aceitação mútua, motivo pelo qual, dentre outros, com certa frequência, os adotantes devolvem no período do estágio de convivência ou mesmo na audiência de instrução e julgamento as crianças ou adolescentes que tinham a intenção de adotar.

ISSNe 2595-1602

3 ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

3.1 Estágio de Convivência sob a ótica do Art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Para que a adoção de crianças e adolescentes seja deferida deve haver um período de adaptação recíproca e necessária à confirmação do interesse do adotante e do adotando. Assim, esse período de adaptação é denominado de estágio de convivência, conforme determina o art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, o estágio de convivência tem como objetivo garantir que a adoção será a melhor escolha, tanto para a família adotante como para o adotando. Assim, o

[21] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo, coordenador. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 258-337.

instituto caracteriza-se como uma fase de avaliação da nova família, pois é nesse período que se definirá a adoção definitiva.

Nesse sentido, com o objetivo de conceituar o estágio de convivência, Murillo Digiácomo[22] afirma que o estágio de convivência deve ser visto como uma "forma de aferir a adaptação da criança ou adolescente à família substituta e a constituição de uma relação de afinidade e afetividade entre os mesmos, que autorize o deferimento da adoção".

Assim, o *caput* do supracitado art. 46 dispõe, *in verbis:* "A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso".

Desta forma, com a promulgação da Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017, o legislador, decidiu por fixar o período em que o estágio de convivência irá ocorrer. Nesse caso, como regra geral, será de 90 (noventa) dias, permitida a prorrogação por igual período. Assim, a nova lei veio para alterar o ordenamento anterior que determinava caber ao magistrado a competência de estabelecer o prazo do estágio, observadas as peculiaridades do caso concreto, permitido, em hipóteses excepcionais, dispensá-lo, conforme permissivo legal estabelecido no §1º. do art. 46.

Destaca-se que enquanto na adoção nacional a previsão de prazo legal é de 90 dias permitida a prorrogação por igual período, na adoção internacional a realização do estágio será de no mínimo 30 dias e no máximo 45 dias, também permitida a prorrogação, mas somente por uma única vez, por igual período, desde que por decisão devidamente fundamentada do juiz, conforme §3º do art.46.

Ademais, o estágio de convivência deve ser acompanhado pela equipe técnica do juízo onde tramita a adoção, como está previsto no art. 46, §4º, vez que dispõe, de forma expressa, acerca da necessidade que o estágio de convivência seja acompanhado por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da juventude.

Outrossim, o doutrinador Antônio Lima da Fonseca[23] enfatiza que "havendo fixação judicial do prazo de estágio de convivência, impõe-se a efetiva atuação da equipe interprofissional, que deve apresentar relatório minucioso". O referido relatório deverá ser objetivo e tecnicamente justificado, expondo as condições nas quais se encontra a criança ou adolescente.

3.2 A Importância do Estágio de Convivência

[22] DIGIÁCOMO, Murillo. Da Adoção. In: MUNIR, Cury, coordenador. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p 190-262.

[23] FONSECA, Antonio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.171.

ISSNe 2595-1602

Quando se fala em estágio de convivência há de se compreender o período de integração entre as pessoas envolvidas no processo de adoção, visando a estabelecer bases sólidas para um relacionamento harmônico de caráter afetivo. Não é uma experiência qualquer, mas, sim, uma fase de conhecimento mútuo, natural e necessário para qualquer ser humano.

Portanto, o real intuito desse período é verificar uma reciprocidade entre adotante e adotando no que diz respeito à adaptação, valores, culturas, compatibilidades, etc. Deve-se avaliar se o adotante possui, de forma concreta, condições para ser um bom pai ou boa mãe para aquele adotando, como destaca Galdino Coelho Bordallo[24]:

> Muitas vezes as pessoas que, à primeira vista, se mostram perfeitas para criarem e educarem são as que mais surpreendem por sua inadaptação para agirem como pai e mãe. Inúmeros são os casos em que, surpreendentemente, se percebeu que pessoas de aparente extremo equilíbrio exibiam reações indicadoras de total inaptidão para paternidade ou maternidade ao enfrentarem situação de dificuldade com a criança ou adolescente que pretendiam adotar.

Da mesma forma, deve-se verificar a adaptação do adotando na família substituta, que obviamente não será automática, uma vez que cada família possui costumes e conceitos de vida diferenciados. Assim, pelo fato do adotando estar se inserindo em um novo ambiente, certos conflitos poderão surgir, cabendo à equipe interprofissional auxiliar na adaptação e superação de todos os eventuais problemas.

Sobre o assunto, convém citar mais uma vez Bordallo[25] que faz referência à jurisprudência e afirma que há "casos em que o estágio de convivência demonstrou a inconveniência da adoção", como segue:

> APELAÇÃO – ADOÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – FATOS APURADOS – TIPICIDADE PENAL – RECURSO – PROVIMENTO NEGADO. Ao juiz cabe aquilatar, durante o estágio de convivência, se o adotando está se adaptando ao lar e à família dos adotantes. Restou claro que tal inocorreu – adaptação não se efetivou – diante dos fatos noticiados e que se tornaram objeto de ação penal. Menor vítima de lesões corporais. Decisão de primeiro grau julgado improcedente a pretensão adotiva confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso. Provimento negado.

Nesse diapasão, há quem acredite que qualquer lar substituto será melhor do que a situação em que se encontra o adotando. Todavia, essa afirmação nem sempre é verídica, tendo em vista que o conceito de lar para o ordenamento jurídico é onde o adotando se sente respeitado, amado e acolhido, ocorrendo certas situações, em que poderá haver inúmeros conflitos no seio da família adotiva, trazendo apenas angústia, tristeza e desconforto ao adotando.

[24] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo, coordenador. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 258-337.

[25] op. cit, p 258 – 337.

ISSNe 2595-1602

Dessa feita, Hersov, citado por Lídia Natália,[26] em um estudo realizado, apresenta oito fatores que poderiam explicar a situação de desvantagem de crianças adotivas em relação às não adotivas e que poderiam também explicar a não adaptação da criança ou do adolescente no seio da família adotiva:

> 1. "Fatores biológicos e sociais relacionados com a gravidez e a experiência pré-natal de crianças provindas de lares desfavorecidos";
>
> 2. "Experiências anteriores à colocação final da criança na família adotiva, incluindo casas de passagem ou famílias de apoio, com novas perdas de figuras de apego";
>
> 3. "Interferência na formação de vínculos na primeira infância com os posteriores efeitos na personalidade e relacionamentos";
>
> 4. "Adoção realizada depois de viver a infância em instituições";
>
> 5. "O estigma social que envolve a adoção";
>
> 6. "Problemas de identidade na adolescência provenientes da confusão ou desconhecimento de suas origens";
>
> 7. "Riscos de fatores genéticos que predispõem à psicopatologias";
>
> 8. "Dificuldades provenientes do processo de ''revelação'' podem afetar relação familiar".

Depreende-se, dessa forma, a complexidade da situação da criança nessa condição, o que requer expor acerca de sua devolução no decorrer do estágio de convivência.

ISSNe 2595-1602

3.3 A devolução do adotando no período do estágio de convivência

Contrariando o real objetivo do estágio de convivência, não raramente as famílias adotantes devolvem a criança ou adolescente por simplesmente não possuírem mais o interesse em adotá-la. Diversos são os motivos pelos quais o estágio de convivência é interrompido, como também diversas são as consequências que esse "segundo" abandono acarreta ao adotando. No mesmo sentido cite-se o entendimento de Bordallo[27]:

> A hipótese em que ocorre a devolução do adotando porque não houve adaptação entre os membros da família que estava se formando é comum. Neste caso, necessária uma avaliação da equipe do juízo e, sendo constatada que, de fato, a adaptação não se deu, a devolução ocorrerá, sem que haja nenhuma repercussão para a vida dos adotantes''.

[26] WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2ª ed. 2003, 8ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 186.

[27] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo, coordenador. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 258-337.

Ressalte-se que somente deve-se aceitar como "normal" esta devolução quando o estágio de convivência ainda estiver em fase inicial e o adotando ainda não tiver criado laços de afeto e afinidade adotiva, pois, quando o período de convivência é longo e a devolução do adotando se dá de forma fútil ou mesmo sem motivo algum, tem-se como indica Bordallo[28] "a prática de ato ilícito por parte dos adotantes, na forma do disposto no art. 187 do CC, eis que excederam aos limites do direito a que tinham, devendo ser civilmente responsabilizados". Portanto, entende-se que um ilícito, embora legal, pode gerar indenização, quando desvirtuado de sua finalidade.

Dessa feita, diante da possibilidade de devolução do menor, muitos pais veem, através do estágio de convivência, como a possibilidade de que, em casos de divergências como menor impossibilidade de criá-lo dentro dos padrões daquela família, a possibilidade de devolvê-lo ao abrigo.

Todavia, esse pensamento desvirtua completamente o sentido do estágio de convivência, visto que o objetivo do instituto é justamente o contrário, qual seja, confirmar as expectativas do menor e da família para que seja realizada a adoção definitiva. No entanto, conforme acima mencionado, essa é a triste realidade que assola a cultura brasileira e que precisa ser modificada, sendo dever do Estado resguardar e proteger as crianças e adolescentes.

Diante disto, faz-se necessário que antes de iniciado o período de convivência, os adotantes convivam mais com as crianças ou adolescentes na instituição de acolhimento, visto que isto criaria um ambiente propício a se permitir o surgimento das afinidades, partindo-se daí, para deferimento do estágio de convivência, pois já existiria um alicerce mais sólido.

É cediço que o adotante ao chegar à instituição de acolhimento já tem a ideia e o estereótipo de criança ou adolescente que quer adotar. Portanto, escolhe uma criança ou adolescente pelas suas características físicas, uma vez que ambos ainda não se relacionaram. Destarte, o que se propõe é que se quebrem paradigmas com a convivência no próprio lar de acolhimento, pois o contato antes do deferimento do estágio de convivência já determinaria a identidade e semelhança entre o adotante e o adotando.

Com isto, durante o estágio de convivência propriamente dito, os adotantes e adotando teriam, sim, incompatibilidades – assim como toda a família natural as tem – no entanto, esses conflitos não seriam suficientes para justificar a devolução do menor aos abrigos.

É salutar relembrar que o adotando já sofreu um abandono anteriormente, restando claro que as consequências da segunda rejeição são intensificadas em relação aos seus sentimentos de abandono e desamparo. A adoção é um ato de amor, não importando cor, sexo e nacionalidade e somente o tempo pode construir a conexão entre adotante e adotando.

[28] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo, coordenador. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p 258-337,2013.

ISSNe 2595-1602

4 EFEITOS DA DEVOLUÇÃO DE ADOTANDOS

A adoção, na maioria dos casos, representa a solução para o abandono sofrido por crianças e adolescentes, por outro lado, quando esta não se efetiva com o total triunfo, representará um "segundo" abandono.

Esse "segundo" abandono pode gerar transtornos psicológicos na criança ou adolescente devolvido. Por outro lado, pode também acarretar efeitos jurídicos aos que deveriam zelar pela integridade dos mesmos.

Neste sentido, Luzinete Santos,[29] faz importnate reflexão expondo que: "[...] Faz-se necessário, iniciar um trabalho voltado para a mudança de mentalidade no que se refere à adoção de modo a possibilitar uma superação de pelo menos parte dos equívocos e preconceitos que envolvem este processo".

4.1 Efeitos Jurídicos

Inicialmente, cumpre salientar que o sistema jurídico brasileiro adotou medidas preventivas para evitar a devolução de crianças ou adolescentes. Neste sentido está o art. 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é brilhante ao tornar irrevogável a adoção. Entretanto, é bom que se diga que mesmo a adoção sendo irrevogável, os pais adotivos, pelos mesmos motivos dos pais biológicos, estão sujeitos a destituição do poder familiar. Nesta esteira, Silva (2013)[30] destaca:

> Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069, de 13/07/1990), os aspectos jurídicos do processo de adoção visam proteger os direitos da criança ou do adolescente à criação, à educação e à assistência, como também impõe deveres aos adotantes que, ao descumpri-los, podem ser destituídos do poder familiar.

O Poder Judiciário brasileiro ainda não reconhece o conceito de devolução, haja vista toda adoção ser irreversível, irrevogável. Assim, deve-se interpretar que[31] "devolver um filho adotivo é crime equivalente a abandonar um filho biológico, mas uma brecha legislativa permite o abandono durante o chamado período de convivência".

---

[29] SILVA, Camila Edith**. Efeitos Jurídicos e Psicológicos da devolução de crianças adotadas**. **IBDFAM**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jurídicos+e+psicológicos+da+devolução+de+crianças+adotadas . Acesso em 26 maio de 2019.

[30] SILVA, Camila Edith. **Efeitos Jurídicos e Psicológicos da devolução de crianças adotadas. IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jurídicos+e+psicológicos+da+devolução+de+crianças+adotadas > . Acesso em 26 maio 2019.

[31] op.cit

ISSNe 2595-1602

Embora a Lei tenha criado esse período para prevenir a devolução de crianças ou adolescentes - período este que deveria possibilitar uma aproximação entre as partes, uma vez que a adoção é um processo de reciprocidade que se consolida com a vontade de ser adotado e com a vontade de adotar – é exatamente nesta fase que ocorre a devolução. Dora Aparecida Martins citada por Camila edith,[32] afirma que:

> É justamente quando a criança mostra sua individualidade que vem à tona a rejeição pelo 'diferente', pelo 'outro'. O que no filho biológico é visto e aceito como afirmação de uma personalidade própria, no 'filho de criação' passa a ser visto como mostra de más tendências ou traços psicológicos ruins oriundos da família biológica.

Portanto, o que deveria ser solução, torna-se um problema, porquanto para a criança ou adolescente devolvido durante do estágio de convivência, por falta de adaptação, ou por qualquer outro motivo, representará um duplo desamparo, com a sua consequente reinstitucionalização, o que gerará assim, mais prejuízos emocionais.

Verifica-se, em que pese as dores emocionais que o "segundo" abandono gera no adotando, que não há efeitos jurídicos para tal situação, uma vez que, no período de convivência, há a previsão da desistência da adoção. Dessa feita, ante a previsão legal, não há como haver quaisquer efeitos jurídicos, visto que é para isso que existe o período de adaptação.

Como dito linhas atrás, pode ser que um casal se dirija a uma instituição com um estereótipo de criança que quer adotar, mas o convívio com várias delas pode ser capaz de mudar essa ideia inicial, quebrando até preconceitos. Portanto, faz-se necessário que a fase de habilitação seja melhor executada pelas Varas da Infância e da Juventude. Infelizmente, a realidade demonstra que não há a estrutura técnica devida para que seja feito um suporte e capacitação maior do que o que tem sido realizado.

ISSNe 2595-1602

4.2 Efeitos psicológicos

Inquestionável é a expectativa criada em torno da adoção, tanto para o adotante quanto para o adotando, sendo, para este último, que já possui uma história de abandono anterior à adoção, a expectativa é somada com o sonho de finalmente ter uma família e um lar, formado de amor, carinho e respeito aos seus direitos.

Desse modo, a adoção em um passado não muito distante tinha somente o objetivo de ser um instrumento para suprir as necessidades de casais que queriam ter filhos. Todavia, nos dias atuais, em virtude do princípio "do melhor interesse da criança e do adolescente" torna-se necessário ter como principal objetivo, a proteção do menor, incluindo o direito que toda criança tem, qual seja**,** de ser cuidada e educada por uma família.

[32] op.cit

Em contrapartida a isto, está a expectativa do adotante. Dessa feita, Lidia Weber[33] é categórica ao afirmar que:

(...) pessoas que não conseguem gerar filhos biológicos sempre entenderão a adoção como uma maneira de ter o que a natureza lhes negou". Esse desejo do adotante é legítimo desde que continue apenas como desejo, não devendo ser transpassado para o adotando, que quando não atende a tais expectativas é facilmente devolvido, como se fosse um "objeto" ou uma "compra.

Nesse sentido, não se pode pensar na adoção como substituta do filho biológico, como se fosse a segunda opção. Adotar está diretamente ligado com o verbo amar, amar alguém que escolheu para ter como filho. Na devolução do adotando vários direitos são desrespeitados pelos adotantes que infelizmente não pensam no futuro daquela criança ou nos aspectos psicológicos que tal devolução irá causar.

Como bem destaca Weber[34] "(...) do conceito de "obter um filho através da Lei" até a "adoção com reais vantagens para a criança" do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990), no Brasil existe um longo caminho".

Dessa feita, o fracasso da adoção gera inúmeros sentimentos, dentre eles pode-se destacar o de desprezo e abandono, principalmente para as crianças, que são por consequência, o elo mais fraco da relação. Tais sentimentos se misturam com a saudade, a dor, a fantasia, a culpa e a raiva. Por mais redundante que possa parecer, este abandono os faz sentir abandonados outra vez.

Portanto, a dor da saudade de um dia ter tido uma família se confunde com a culpa de ter contribuído para a sua própria devolução à instituição de acolhimento. As crianças institucionalizadas utilizam um mecanismo de "fantasia" e inventam uma nova família enquanto aguardam ansiosamente que alguém as adote, sendo que, no momento em que isso acontece automaticamente se esquecem do abandono que sofreram. Porém, ao serem abandonadas pela segunda vez, seus sonhos se destroem e logo pressentem um "turbilhão" de emoções, como se tivessem que passar por tudo novamente.

ISSNe 2595-1602

5 O PAPEL DO ESTADO E DOS ADOTANTES EM RELAÇÃO À DEVOLUÇÃO DOS ADOTANDOS

Com efeito, a devolução é um estrago na vida do menor, porque, segundo o psiquiatra Içami Tiba, consoante citado por Rocha,[35]: "(...) funciona como uma bomba para a autoestima da criança e é melhor que ela nunca seja adotada a ser adotada e

[33] WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj **. Pais e filhos por adoção no Brasil.** 1ª ed. 2001, 9ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 22.
[34] Op. cit, p. 22
[35] ROCHA, Maria Isabel de Matos. Crianças "desenvolvidas": Os "filhos de fato" também têm direito? (Reflexões sobre a "adoção à brasileira", guardas de fato ou de direito mal sucedidas). Âmbito Jurídico, Rio.Grande, II, n. 7, nov 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5541>. Acesso em 10 jan. 2019.

devolvida, [...] as pessoas devem ser mais responsáveis ao adotar: devolver é quase como fazer um aborto".

Verifica-se, desse modo, que é dever do Estado garantir a responsabilização das famílias que devolvem o adotando. Assim, algumas providências podem ser empregadas em favor da criança ou do adolescente, entre elas: medidas protetivas, terapia familiar, diálogos assistidos por psicólogos e assistentes sociais, bem como, a critério do juiz, prorrogação do prazo de convivência com a intenção de superar dificuldades que surgiram no inicio do convívio, ou até mesmo condenação dos pais pelos danos psicológicos causados ao adotando, conforme o caso.

5.1 Noções gerais acerca da responsabilidade civil

Inicialmente, faz-se de suma importância primar pela distinção da responsabilidade penal e responsabilidade civil, uma vez que estas não se confundem. A primeira enseja a aplicação de uma pena, uma vez que o agente infringe norma de Direito Público e perturba a ordem social, criando um perigo para toda a sociedade. A segunda é recomposta pela indenização de um dano causado, seja ele moral ou material, uma vez que a violação afeta precipuamente o interesse de uma pessoa ou um grupo específico.

A responsabilidade civil pode ser definida como[36]:

> A situação de quem sofre as consequências da violação de uma norma, ou como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a *outrem*, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dele dependentes. Trata-se, pois, de um mecanismo jurídico para sancionar violações prejudiciais de interesses alheios.

Ademais, insta salientar que a palavra Responsabilidade decorre do latim "*respondere*", significando que quando alguém, [37]diante de uma ação ou omissão, causa um dano, tem obrigação de responder, assumindo as consequências que este dano tenha causado. Traz, assim, a ordem jurídica na sociedade.

Portanto, impende ressaltar que a obrigação de reparar decorre das consequências de um ato, pressupondo uma atividade danosa a *outrem*, violando uma norma a jurídica preexistente (legal ou contratual). Neste mesmo contexto,[38]"a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse iminentemente particular,

[36] WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. 5. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.79.

[37] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. III. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43-44.

[38] Op. cit, p. 51.

ISSNe 2595-1602

sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vitima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas".

O Código Civil possui título específico para tratar exclusivamente da responsabilidade civil, que se inicia no art. 927. Desse modo, o referido Códex define o que é ato ilícito no art. 186, *in verbis*: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito".

Pontue-se que a doutrina brasileira estabelece uma classificação sistemática a despeito da responsabilidade civil: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. Em apertada síntese, tem-se que a subjetiva é a "decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo"[39], ou seja, quando o agente causador atuar com negligencia, imprudência ou imperícia.

Tem-se a objetiva quando não for necessária a caracterização da culpa, em suma, "o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar", conforme explicita Gagliano [40].

Para que se caracterize a responsabilidade civil faz-se necessária a configuração de alguns elementos constitutivos. Doutrinariamente, classificam-se esses elementos em: essenciais e especiais. Elementos essenciais são aqueles imprescindíveis para a configuração de qualquer espécie de responsabilidade civil. São eles: conduta (positiva ou negativa do agente); dano sofrido pelo lesado e o nexo causal – que vincula a conduta e o dano.

Já os elementos especiais são aqueles que surgem em situações especificas. São eles: a culpa (elemento exclusivo da responsabilidade civil subjetiva); o risco (responsabilidade objetiva); a solidariedade social e o dever de segurança.

A conduta do agente é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Pode ser conceituada como o "ato imputável ao agente ofensor, seja ele positivo (ação) ou negativo (omissão)" [41]. O que configura a conduta humana é a voluntariedade, ou ao menos, a consciência. Como bem destaca Gagliano[42] "sem o condão da *voluntariedade* não há que se falar em ação humana, e, muito menos, em responsabilidade civil".

A existência do dano é indispensável para a caracterização da responsabilidade civil. Dessa forma, Arnoldo Wald[43] conceitua o dano "como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado (com efeito patrimonial ou não) causado por uma conduta de um agente imputável". A culpa diferencia-se do dano. Conforme afirma Venosa, citado por

[39] Op. cit, p. 55
[40] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. III. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 56-57.
[41] WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. 5. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.83.
[42] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. III. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70,
[43] WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. 5. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.87.

ISSNe 2595-1602

Silva,[44] que afirma ser a culpa "(...) a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar" enquanto o dano "consiste no prejuízo sofrido pelo agente".

Por fim, tem-se o nexo de causalidade. Na conceituação de Silva[45] é "(...) o liame que une a conduta do agente ao dano". Portanto, tem-se o agente causador do dano, o dano indenizável e uma relação causal entre esses dois fatores.

5.2 Responsabilidade civil pelos danos causados aos devolvidos.

Como foi devidamente enfatizado alhures, sem o dano não há indenização ou ressarcimento. Na conceituação de Maria Helena Diniz[46] dano é "a lesão (diminuição ou destruição) que, devido certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral". No mesmo âmbito, a indenização visa ressarcir a vítima de todo o prejuízo experimentado por ela, cobrindo assim, todo o dano causado.

O dano pode ser individual ou coletivo, moral ou patrimonial. Em síntese, o dano patrimonial ou material é aquele que atinge os bens que fazem parte do patrimônio da vítima e possui duas dimensões temporais: o dano emergente e o lucro cessante. Em contrapartida, o dano moral é aquele que lesiona os direitos da personalidade da vítima.

Doutrinariamente, quanto à reparação do dano extrapatrimonial têm-se duas correntes: a negativista, que em síntese afirma que a subjetividade dos danos extrapatrimoniais tornaria impraticável a sua reparação, uma vez o dinheiro e o sentimento são diversos e não se poderia resumi-los a uma soma pecuniária.

Já a corrente positivista aceita no Brasil, recebendo, inclusive, *status* constitucional a partir da CF/88, considera dano moral: a dor, o vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, etc. O Código Civil brasileiro em vigor reconhece expressamente o instituto do dano moral em seu art.186 e, consequentemente, por força do art. 927, a sua reparação.

Conforme menciona Silva[47] Rui Stoco sustenta que "a responsabilidade civil nas relações de família "não é seara de suave colheita" [...] mas dúvida não fica de que tais questões se incluem nas cláusulas gerais de responsabilização estabelecidas nos artigos 186 e 927 do Código Civil".

ISSNe 2595-1602

---

[44] SILVA, Camila Edith. Efeitos Jurídicos e Psicológicos da devolução de crianças adotadas. **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jurídicos+e+psicológicos+da+devolução+de+crianças+adotadas >. Acesso em 26 nov.2013.

[45] op. cit,

[46] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. vol.7. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66

[47] SILVA, Camila Edith. Efeitos Jurídicos e Psicológicos da devolução de crianças adotadas. **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jurídicos+e+psicológicos+da+devolução+de+crianças+adotadas >. Acesso em 26 nov.2013.

Amparado no que dispõe o art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988 e o art. 4º do ECA, é que está o dever do Estado de assegurar à criança ou adolescente devolvido a responsabilização das famílias que tinham a intenção de adotá-lo.

O direito fundamental à convivência familiar juntamente com o núcleo afetivo traz para a criança ou adolescente uma segurança e uma estabilidade que auxilia o seu próprio desenvolvimento. Por este motivo é que o afastamento do seio familiar representa grave violação aos direitos garantidos pela Carta Magna, sobretudo ao direito à dignidade.

Deste modo, já se é possível verificar decisões judiciais que obrigam os pais adotantes, que devolvem o adotando após um longo estágio de convivência, a pagar o tratamento psicológico do menor, uma vez que, em diversas situações, os argumentos trazidos pelos pais adotantes para rejeição do menor, que por diversas vezes já está até ambientado, é de que não se acostumaram com as divergências, ou que, o adotando não teve uma boa relação com outros filhos dos adotantes.

Desse modo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina[48], determinou que os pais pagassem o tratamento psicológico para criança que devolveram para adoção. No caso, o Tribunal negou a pretensão de um casal de desvencilhar-se da obrigação de pagar tratamento psicológico/psiquiátrico a uma criança de sete anos, a qual desistiu de adotar. Apesar de saber da condição psicológica da criança, que sofria maus-tratos da mãe biológica, o casal insistiu em adotá-la, mas por duas vezes a devolveu para o abrigo por conta de dificuldades no relacionamento com a mesma.

Ademais, insta salientar que a mudança na legislação do ECA, pela Lei n. 13.509 de 22 de novembro de 2017, em fixar o período máximo do estágio de convivência, já demonstra uma atuação mais eficaz do Estado, posto que buscou-se evitar os prazos intermináveis do estágio de convivência, que ocorriam na legislação anterior, e que facilitavam o sofrimento psicológico do adotando, diante de sua devolução aos abrigos após um longo período morando com a família adotante.

Todavia, além dessas mudanças, ainda cabe ao Estado, por meio de seus agentes, realizar um trabalho mais eficaz nas Varas da Criança e da Juventude, para realizar uma habilitação de casais mais sérios e comprometidos com a adoção. Além disso, decisões judiciais como as mencionadas acima, de condenação dos pais para indenizar os menores devolvidos, devem ser mais frequentes no judiciário, visto que o julgador deverá primar, acima de tudo, pelo interesse da criança ou adolescente.

Sobreleva dizer que essa indenização é o mínimo que pode ser exigido dessa família adotante, tendo em vista que não retirará os danos psicológicos e morais experimentados pelo adotando, já que não irá ressarcir o sofrimento, a angústia e nem a sensação de perda. Assim como, em momento algum, irá atribuir-se valor pecuniário a esse dano extrapatrimonial, porém terá como propósito garantir, através desta indenização, o respeito com o instituto da adoção, ou até mesmo de atenuar a dor do menor.

[48] Artigo "Caso de devolução de crianças adotadas revelam deficiências no sistema e na lei. Disponível em: < http://ibdfam.org.br/noticias/5660/Casos+de+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+revelam+defici%C3%AAncias+no+sistema+e+na+lei>. Acesso em: 15/05/2019.

ISSNe 2595-1602

Destaca-se que o magistrado poderá também, visando ao bem estar da criança e a possibilidade de ela ter um lar e uma família, prorrogar o prazo do estágio de convivência com a intenção de superar dificuldades que surgiram logo no inicio do convívio. Em partindo-se da premissa de que nenhum ser humano é igual ao outro e, por óbvio, na adoção surgem conflitos – assim como em qualquer família natural - incumbe ao julgador, utilizando-se de sua máxima, determinar que se tentem superar eventuais desavenças.

6 CONCLUSÃO

A adoção deve ser encarada pelos adotantes como uma escolha consciente, porquanto a partir dela se conferirá o *status* de filho a uma pessoa que até então não fazia parte da relação familiar. Paulo Nader[49] afirma que "nenhum instituto jurídico supera o conteúdo social e humanitário da adoção".

Assim, inegável é a situação de abandono já experimentada pelo adotando no tocante a sua família biológica, por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu um período em que adotante e adotando pudessem se conhecer melhor. Dessa forma, sendo irretratável a adoção, o estágio de convivência se torna indispensável – sendo dispensável apenas em casos excepcionais a critério do juiz.

Nesse quadro, adotante e adotando passam a conviver de forma harmônica no mesmo lar, por um período de no máximo 90 dias – com exceção dos casos estabelecidos em lei, conforme estabelecido no art 46 do ECA. No entanto, há inúmeros casos, ao término ou até mesmo durante tal período, em que os adotantes devolvem ao Estado quem já se considerava membro de uma família, não se importando com os danos psicológicos que esse "segundo" abandono causará na criança ou adolescente.

Dessa feita, é nesse momento que, em cumprimento do princípio do melhor interesse do menor, surge para o Estado o dever de garantir a responsabilização civil dos adotantes, desde que tenha havido dano patrimonial e/ou moral ao adotando. Ademais, em que pese haver no período de convivência, a previsão da desistência da adoção, isso não pode se tornar ato corriqueiro e sem justificativa plausível, à vista dos danos irreparáveis que podem causar ao adotando.

Nesse sentido, essa indenização deverá ser definida pelo juiz, ou seja, poderá estabelecer o pagamento de pensão alimentícia, danos morais e/ou patrimoniais em favor da criança ou do adolescente, assim como, determinar o cumprimento de terapia familiar ou diálogos assistidos por psicólogos e assistentes sociais.

Ademais, visando ao bem-estar da criança e do adolescente, o juiz poderá também prorrogar o prazo do estágio de convivência por igual período, uma vez que, este

[49] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 321.

ISSNe 2595-1602

prolongamento teria como objetivo afastar eventuais dificuldades, consideradas normais em toda família, surgidas no início do estágio de convivência.

Ressalte-se que tudo isto poderia ser evitado se na legislação houvesse um período que antecedesse ao estágio de convivência. Sabe-se que o adotante que se dirige ao lar de acolhimento já tem um padrão de criança ou adolescente que quer adotar, então simplesmente escolhe o adotando pelo seu estereótipo, não havendo maiores tecnicidades na escolha da melhor criança que atenda àquela família, ocasionando assim, desavenças familiares durantes o estágio de convivência.

Portanto, conclui-se que antes de ser deferido o estágio de convivência, os adotantes convivam e se relacionem com todas as crianças da instituição de acolhimento, verificando com qual delas tem mais compatibilidades, passando a família por terapias, para que os profissionais conseguissem criar um tipo de temperamento de adotando buscado pelos pais.

Dessa forma, durante o estágio de convivência não se teria "surpresas" quanto à personalidade do adotando, posto que as afinidades já estariam evidentes, o que tornaria o convívio diário mais fácil, reduzindo-se os conflitos familiares que surgissem. Esse tipo de procedimento, poderia garantir a diminuição de devolução do adotando e, consequentemente, os danos psicológicos causados.

7 REFERÊNCIAS

Artigo "Caso de devolução de crianças adotadas revelam deficiências no sistema e na lei. Disponível em: < http://ibdfam.org.br/noticias/5660/Casos+de+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+revelam+defici%C3%AAncias+no+sistema+e+na+lei>. Acesso em: 15/05/2019.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo, coordenador. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: **Senado Federal**, 1988.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. www.planalto.gov.br.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias. www.planalto.gov.br.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIGIÁCOMO, Murillo. Da Adoção. In: MUNIR, Cury, coordenador. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** vol.5. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ISSNe 2595-1602

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. vol.7. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. III. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Crianças "desenvolvidas": Os "filhos de fato" também têm direito? (Reflexões sobre a "adoção à brasileira", guardas de fato ou de direito mal sucedidas). **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, II, n. 7, nov 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5541>. Acesso em 10 jan. 2019.

SILVA, Camila Edith. Efeitos Jurídicos e Psicológicos da devolução de crianças adotadas. **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jurídicos+e+psicológicos+da+devolução+de+crianças+adotadas>. Acesso em 26 nov.2018

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TAVARES, José de Faria. **Direito da infância e da juventude**. 1ª ed. Rio de janeiro: Del Rey, 2001.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. 5. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. vol. 7. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Laços de Ternura: pesquisas e histórias de adoção**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Pais e filhos por adoção no Brasil**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ISSNe 2595-1602

A BAIXA TAXA DE ADOÇÃO TARDIA E SEU IMPACTO NA VIDA DOS JOVENS ABRIGADOS

ELAINE MUNIZ BRANDÃO[1]

MARIA TALITA DE MIRANDA COSTA[2]

RESUMO

O presente artigo objetiva abordar questões conflitantes frente o cenário atual vivenciado por crianças e adolescentes que têm seus direitos constitucionais restringidos por dificuldades em vista das exigências dos pretendentes à adoção e a lentidão judiciária. Por viverem grande parte de seus dias oscilando entre a casa de sua família de origem e o abrigo acolhedor institucional, esses jovens acabam por não terem seus direitos efetivados de forma justa. Existe uma morosidade em relação aos processos de destituição de poder familiar, bem como um critério rigoroso por parte dos adotantes, que fazem com que cada vez mais crianças permaneçam por mais tempo abrigadas. Tem-se em foco a adoção tardia, que é a consequência da exclusão desses jovens e uma medida difícil de ser preferida pelos candidatos a adoção. Analisando então as medidas tomadas para se dar uma vida digna e que efetive os direitos constitucionais a estas crianças e adolescentes que passaram por um exaustivo processo de adoção e que por muitas vezes não tem êxito.

Palavras-chave: Adoção. Adolescentes. Crianças. Doutrina da proteção integral.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda do 6º semestre de Direito da *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). Email: talitademirandacosta@gmail.com

[2] Graduanda do 6º semestre de Direito *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). Email: elainecj7@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990) é um estatuto ou codificação que trata do universo mais específico vinculado ao tratamento social e legal que deve ser oferecido às crianças e adolescentes de nosso país. Assim, regulamenta grande parte do tema adoção, trazendo direitos e deveres para com estes, protegendo e assegurando a integridade de crianças e adolescentes.

A adoção vem sendo discutida e apresentando diversas consequências dentro da sociedade, tal como, especificamente, a adoção tardia. Desta forma abrangeremos este assunto de forma ampla para que se possa entender o que tem acontecido nos últimos anos, tendo como objetivo geral deste estudo a analise da adoção com uma visão mais específica, mostrando as consequências que a mesma pode acarretar na vida da criança e do adolescente abrigado. Tem-se ainda o intuito de mostrar como ocorre o procedimento de adoção tal como a assistência prestada aos abrigados na cidade de Sobral, localizada no estado do Ceará.

Com o intuído de mostrar as consequências, deve-se entender de princípio como estas crianças e adolescentes chegam aos abrigos, de acordo com Vargas (1998), há casos de crianças que foram abandonadas tardiamente pelos pais biológicos, resultando na destituição do pátrio poder e, consequentemente, em seu abrigamento e disponibilização à adoção, configurando-se no quadro daqueles que não fazem parte do perfil preferencial dos adotantes. Mas não só desta forma ocorre, existem os que estão institucionalizados desde cedo, mas acabam sendo colocados para adoção tardiamente, Vargas (1998) ressalta que, segundo estudos, no Brasil o perfil da criança desejada para adoção pelos pretendentes é o de até três anos de idade, de cor de pele branca, sexo masculino, sem doenças ou deficiências e sem irmãos.

Dessa forma, irá ser abordado de inicio, amplamente, o funcionamento da adoção tardia tal como sua regulamentação, e em consequência uma pesquisa realizada na cidade de Sobral, constando dados que possam comprovar toda história apresentada sobre este instituto.

2. A ADOÇÃO NO BRASIL

O procedimento que rege a adoção está definido nos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, este veio para efetivar os direitos já garantidos e fundamentados na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. É necessário entender que o direito da criança e do adolescente não se restringe somente ao Estatuto, razão pela qual se faz necessário analisar outros códigos do nosso ordenamento, para Veronese (2013, p. 37) “O Direito da Criança e do Adolescente não está previsto em um único instrumento normativo, no entanto, dentro de uma esfera normativa interna, onde o Estatuto da Criança e do Adolescente é o principal deles”.

ISSNe 2595-1602

Assim, inicia-se a analise do instituto da adoção do ponto de vista jurídico, observando sua aplicação conforme a legislação vigente.

2.1 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 (Lei nº 10. 406 de janeiro de 2002) versa sobre a adoção nos artigos 1.618 e 1.619, Capitulo VI, "Da Adoção", Livro IV, Do Direito de Família e trouxe modificações quanto ao tratamento de crianças e adolescentes. A idade para se atingir a maioridade civil passou de 21 (vinte e um) anos para 18 (dezoito) anos de acordo com o art. 5º o que alterou consequentemente a mudança na idade mínima do adotante e a diferença de idade entre adotante e adotado, requisitos que foram estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim como a Constituição Federal, o Código Civil introduziu o principio da isonomia em seu art. 1.596 proibindo a discriminação em relação à filiação de filhos adotivos e dos filhos havidos ou não da relação de casamento, resguardando o mesmo direito a todos.

A Lei 13.509 de 22 de Novembro de 2017 incluiu a entrega irregular do filho a terceiros para fins de adoção no rol de hipóteses de perda do poder familiar do art. 1.638, do CC/02. Ainda pode-se observar que é crime entregar o filho mediante recompensa ou pagamento bem como receber ou oferecer, conforme art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:
>
> Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

A esse respeito, Eunice Ferreira Granato (2005, p. 173) declara: "a entrega de filho para terceiros, mediante pagamento é crime".

2.2 A ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 concedeu um maior reconhecimento ao instituto da adoção, pois se preocupou em analisar a questão das crianças e adolescentes, bem como de todo ordenamento jurídico, por uma ótica mais principiológica. A partir desta analise mais cuidadosa feita pela Carta Magna, crianças e adolescentes ganharam maior proteção e amparo jurídico, assim como prever seu art. 227:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

ISSNe 2595-1602

> saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo artigo, a Lei Maior inovou ao legitimar os filhos adotivos, dando-lhes o mesmo tratamento dos filhos naturais. De acordo com o artigo 227, §6º: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

É notória a preocupação da Nova Constituição em amparar crianças e adolescentes, assim revela seu artigo 7º, inciso XXXIII que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e veda qualquer trabalho, exceto na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Esse cuidado ao tocar o direito dos menores inspirou a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.3 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer em seu texto uma série de direitos para as crianças e adolescentes interferiu diretamente na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990).

Estes preceitos elencados no texto constitucional foram considerados essenciais, portanto, nasceu a necessidade de assegurar esses direitos de forma mais efetiva, buscando uma fiscalização para o cumprimento destas normas, dessa forma, quase dois anos após a promulgação da Constituição de 1988, entrou em vigor o ECA, com a finalidade de promover e efetivar estes direitos. Para isso, a Lei Maior e o Estatuto da Criança e do Adolescente adota a doutrina da proteção integral, disposta no art. 227 visto anteriormente.

A esse respeito, preceitua Veronese (2013, p. 33/34)

> O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe as diretrizes gerais para a proteção integral da criança e do adolescente: reconhecendo-os como cidadãos; estabeleceu articulação entre o Estado e a sociedade, com a criação dos Conselhos de Direitos, dos Conselhos Tutelares e dos Fundos geridos por esses conselhos; descentralizou a política com a criação desses conselhos em nível nacional, estadual e municipal; garantiu à criança e ao adolescente absoluta prioridade no acesso às políticas sociais; estabeleceu medidas de prevenção; uma política especial de atendimento e acesso digno à justiça.

Os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente estão diretamente ligados ao artigo 227 da Constituição, pois este artigo trata da doutrina da proteção integral.

ISSNe 2595-1602

A adoção está prevista nos artigos 39 a 52 do Estatuto e para resguardar o direito destes, a regra geral é de que todos eles têm direito a convivência familiar em família biológica ou substituta, conforme seu art. 19:

> É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Está disposto no artigo 43 do ECA que: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimo. " A todo momento é priorizado o interesse do adotado. Veronese (1997, p. 13), entende que o principio do melhor interesse da criança e do adolescente:

> Situa a criança dentro de um quadro de garantia integral, evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações; pois a infância passa a ser concebida não mais como um objeto de 'medidas tuteladoras', o que implica reconhecer a criança sob a perspectiva de sujeito de direitos.

Nesse sentido, preceitua Regina Kátia (2015, 321):

> Na adoção, como em qualquer outro instituto do direito de família, não se pode aplicar cega e friamente a lei, devendo o operador do direito manejá-la tendo em mira os fins a que se destinam. A adoção tem finalidade assistencial: dar uma família a quem não a possui.

ISSNe 2595-1602

3. DA ADOÇÃO TARDIA

Os perfis das crianças são diversos, mas quando se tratando de adoção tardia tem-se como perfil uma criança já desenvolvida, com sentimentos próprios. Alguns autores entendem que para essas crianças se enquadrarem nesta categoria devem ter mais de 2 anos e para outros autores que tenham mais de 3 anos. Entretanto, a justificativa para a adoção tardia apresentar grandes dificuldades é a mesma, essas crianças precisaram criar laços com uma nova família, com pessoas que muitas vezes têm percepções diferentes das suas. Porém, a principal dificuldade ocorre pelo fato dos próprios adotantes não estarem disponíveis para acompanhar todo o processo de adaptação, visto que estas podem já ter passado por traumas ou até mesmo por tentativas de adoções frustradas. Afirma Justo (1997, p. 72/73):

> O drama central da vida da criança institucionalizada incide, justamente, sobe os referenciais em relação aos quais possa criar sua própria identidade pessoal e possa ancorar as diferenciações básicas enumeradas de sua singularidade e de sua localização no mundo. Como é sabido, a identidade pessoal é criada a partir de diferenciações progressivas entre o "Eu" e o "não Eu", centradas na experiência com o próprio corpo, com os objetos do mundo físico e com as pessoas constitutivas do circulo de relações psicossociais do sujeito.

É visível a dificuldade enfrentada por crianças e adolescentes que esperam por uma família e já atingiram certa idade. Desta forma, de acordo com Hutz (2007, p.30) existem estágios pelos quais as crianças que passam pelo processo de adoção tardia enfrentam:

> O primeiro é de curta duração, mas vivido com intensa ansiedade, e refere-se à fase em que a criança/adolescente se esforça para agradar os pais adotivos. Nesse primeiro estágio, o comportamento afetivo pode ser sutil e ocorrer tão rapidamente, que muitas vezes nem é percebido pela família [...]
>
> O segundo estágio é de longa duração, podendo ser bastante estressante e ameaçados para ambas as partes, já que é nessa fase que a criança testa sua nova família, para se proteger de possíveis sofrimentos e para perceber até que ponto é valorizada e amada [...]
>
> Por ultimo o estagio da integração propriamente dita, que pode ser antecipado pelas intercalações de progressões e regressões no comportamento da criança.

Como mencionado anteriormente, é necessário que haja um acompanhamento, este de grande importância para reduzir as chances de frustração no decorrer do processo, amenizando riscos, como prediz o art. 197-C, §2º do ECA:

> Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1o deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude e dos grupos de apoio à adoção, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar e institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Como veremos adiante, nem sempre é o que ocorre na prática, é comum que os próprios adotantes se reúnam para formarem grupos de apoio à adoção. A equipe técnica da justiça da infância e da juventude que deveria agir, é substituída por voluntários, sendo estes advogados, psicólogos, assistentes sociais, entre outros que se juntam em prol de levar mais informações para estas famílias.

Muitos projetos são criados para ajudarem e incentivarem a adoção tardia, tal como o Projeto Adoção Tardia, criado através da Simone Uriartt, onde hoje são produzidos vídeos para sensibilizar pretendentes à adoção sobre os benefícios

ISSNe 2595-1602

afetivos da filiação adotiva, especialmente de crianças com mais de dois anos de idade. Assim como este, outros grandes projetos são levados à frente e ajudam milhares de pessoas, vale lembrar que em 2011 foi criada a "Frente pela adoção", frente parlamentar mista suprapartidária intersetorial, com o objetivo de dar a adoção um processo mais célere e eficaz sempre buscando o interesse da criança e do adolescente.

> "É fundamental envolver a sociedade civil na luta pela adoção e o primeiro caminho é buscar aliados que já têm algum envolvimento com a questão, inclusive frentes ou grupos já articulados nas assembleias legislativas. Temos que somar forças, partilhar ideias e experiências para lutar contra o preconceito que ainda ronda essa questão", afirmou Aécio Neves, no lançamento da frente.

4. PROCEDIMENTOS DA ADOÇÃO TARDIA NO MUNICÍPIO DE SOBRAL-CE

4.1 DO PROCESSO LEGAL

Antes de entrar com o processo de adoção é preciso passar por diversas etapas até estar finalmente habilitado. Ao decidir adotar, o interessado deve se dirigir a Vara da Infância e Juventude para se informar melhor sobre o processo e documentos necessários. É preciso ser maior de 18 anos, que exista uma diferença de 16 anos entre a pessoa que está adotando e a pessoa que será adotada e não há adoção por partes dos ascendentes ou irmãos do adotando, todas as limitações estão expostas no art. 42 do ECA:

> Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
>
> § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.
>
> § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.
>
> § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

De acordo com o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), após analisados os requisitos, deve-se entrar com o processo de inscrição para a adoção que é feito mediante petição preparada por defensor público ou advogado. Só após a aprovação desta, considera-se o adotante habilitado a constar nos cadastros de pretendentes à adoção, mas não está efetivamente habilitado, pois existe uma avaliação socioeconômica e psicoemocional obrigatória que precede a decisão judicial. O critério de avaliação pode variar de comarca para comarca, sendo este de caráter imprescindível para analisar o preparo do pretendente, suas intenções e se ele de fato deve ser inserido no cadastro. Nesse viés, há ainda uma entrevista onde se especifica o perfil da criança desejada, podendo escolher dentre alguns critérios

ISSNe 2595-1602

como sexo, faixa etária, estado de saúde, entre outros. Somente após isso, encaminha-se o relatório geral para o Ministério Publico e ao Juiz da Vara da Infância. Dessa forma, o Juiz irá julgar conforme o relatório e o parecer dado pelo Ministério Público. Caso a sentença seja positiva o nome do pretendente será inserido nos cadastros de adoção.

Todo esse trâmite legal é uma forma de resguardar os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes expostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, é válido lembrar que é necessário o consentimento da criança maior de 12 anos, conforme artigo 45 §2º: "Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento". Adotar deve ser um ato voluntário de amor que venha responder as necessidades e expectativas dos adotados e não dos pretendentes a adoção.

4.2. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Localizado na cidade de Sobral, Ceará, este acolhimento foi fundado em 2 de agosto de 2000, fazendo, portanto, 19 anos de funcionamento. Realizou-se uma pesquisa com a Assistente Social Sabrina Oliveira Silva, onde prestou serviços ao acolhimento no ano de 2013 até 2019. Este acolhimento, assim como outros que estão localizadas em cidades distintas do Brasil são responsáveis por zelar pela integridade física e emocional de crianças e adolescentes que tem seus direitos violados ou não atendidos. Assim como preceitua o artigo 98 do ECA:

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
>
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
>
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
>
> III - em razão de sua conduta.

O acolhimento tem como finalidade receber crianças e adolescentes que se encontram temporariamente impossibilitados de ficar com os pais ou responsáveis. Hoje 21 (vinte e uma) crianças encontram-se acolhidas. Estas crianças chegam lá através do Conselho Tutelar, deve-se ressaltar que esta é uma medida tomada em último caso. A criança ao chegar é recebida e apresentada as cuidadoras que lhe mostrará todo o funcionamento da casa, tal como o local onde ela irá dormir e como vai ser a partir daquele momento. A equipe técnica vai iniciar o acompanhamento da família, realizando visitas domiciliares e encaminhamento para as demais políticas. Em determinados casos a família de origem não tem condições de receber a criança, o que é constatado em estudo de caso feito pela rede que acompanha a família, sedo estas o CRAS, CREAS, Conselho Tutelar e Acolhimento.

O encaminhamento é feito para o Ministério Público solicitando a destituição do poder familiar. Quando a criança ou adolescente fica disponível para adoção a

ISSNe 2595-1602

prioridade é dada a fila de Sobral. Quando a criança disponível para a adoção não consegue uma família permanecem no acolhimento até os 18 anos, portanto é atribuição do acolhimento trabalhar com o adolescente e encaminhá-lo para o mercado de trabalho, assim como para os projetos sociais com habilitação minha casa minha vida.

O acolhimento institucional garante os direitos, a acesso a educação, saúde, alimentação, inserindo a criança e adolescente na sociedade, estes serviços são prestados através de recurso municipal e Federal, as escolas e cursos profissionalizantes disponíveis são de instituições públicas. O estágio convivência é de extrema importância para o desenvolvimento dos abrigados, assim, a coordenação e a equipe técnica do acolhimento realizam visitas domiciliares, escuta individual a adotados e com adotantes, e depois é feito a escuta coletiva.

Para finalizar tal pesquisa, é de extrema importância entender como funciona o processo de adoção realizado por este acolhimento. A pessoa que tem interesse em adotar procura a Vara Única da Criança e do Adolescente, entrega a documentação necessária e recebe uma ficha, depois é só aguardar a vara entrar em contato informando o dia do seminário. A assistente social e a psicóloga realizam uma visita na residência das pessoas que estão neste processo de habilitação e emitem um relatório individual que será analisado pelo juiz, ele decidirá se a pessoa está habilitada ou não, em caso positivo, ficará habilitada para todo o Brasil.

5. DOS ADOLESCENTES MAIORES DE 18 ANOS

ISSNe 2595-1602

O desabrigamento é um momento que a maior parte dos abrigados enfrenta, é a parte do processo em que ocorre a saída do abrigo, novas oportunidades, mudanças, a busca da própria identidade, portanto é neste momento que se exige maturidade e uma condição interna para conquistar recursos pessoais, para isso o abrigo deve oferecer desde a chegada uma preparação para os jovens. O que deveria ser apenas uma casa de passagem se torna o lar de muitos adolescentes até seus 18 anos.

Chegar aos 18 anos abrigado é mais comum do que se imagina e muitos projetos vêm sendo desenvolvidos para amparar e dar apoio a estes jovens, o promotor de justiça, Murillo Digiácomo, 43 anos, defende uma ação conjunta de vários órgãos públicos:

> "O poder público não deve e nem pode, legalmente falando, abandonar esses jovens. É desumano arquivar um ser humano, apenas por que ele é maior de idade. O estado tem a obrigação de ajudar esse adolescente até ele adquirir autonomia. Infelizmente, muitos departamentos não tem conhecimento dessa especificidade da lei"

Para garantir que estes jovens saiam dos lares de adoção com uma esperança e vontade de uma construção de uma vida digna, é importante que o

desligamento seja gradativo. Deve-se antes de qualquer coisa contemplar o fortalecimento da autonomia, a profissionalização e a educação. É visível que estes jovens tenham que ter uma atenção diferenciada pelos abrigos. É necessário que se tenha incentivo e que seja apresentada a nova realidade que ele será inserido, através da formação técnica e profissional o jovem terá mais confiança e quebrará o estigma de ter vivido em um abrigo.

O psicólogo da Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA) Helerson Silva explica que existe a previsão legal das repúblicas, que seriam como abrigos para jovens adultos egressos, funcionando como uma casa em que eles moram e o poder público fornece suporte para o inicio de vida.

Para trazer ainda uma maior segurança e desenvolvimento pessoal surgiu o Programa de Apadrinhamento, onde o padrinho ou madrinha é aquela pessoa que, em vez de adotar uma criança, tem autorização judicial de levá-la para passear e assume o compromisso de dar a ela apoio afetivo e até ajudar nos seus estudos e formação profissional. O programa de apadrinhamento já é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e a proposta aprovada na comissão foi elaborada pelo relator, deputado Wilson Filho (PTB-PB), a partir de dois projetos sobre o mesmo assunto (PLs 2729/15 e 3074/15).

Ainda no que diz respeito ao número de abrigados perto da maioridade pode-se ter como base os dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) no estado do Ceará. Atualmente, das 263 crianças e adolescentes, 12 têm idade igual ou superior a 17 anos e apenas quatro delas estão vinculadas a pretendentes. O número de adoções de adolescentes às vésperas da maioridade cresceu nos últimos três anos: em 2015, foi realizada uma; em 2016, três; em 2017, sete; e, no ano de 2018, mais sete ganharam novas famílias aos 17 anos de idade.

5.1 COMO A ADOÇÃO TARDIA AFETA OS JOVENS EXCLUÍDOS

Donald Woods Winnicott foi um pediatra que desenvolveu sua psicanálise com base nas crianças e seu convívio e ambiente familiar, partindo inicialmente da relação materna. Observar a situação de crianças e adolescentes em situação de abandono a partir do viés dele é de suma importância para entendermos o que se passa na cabeça destes. Para o autor, a criança passa por fases até chegar ao desenvolvimento completo e conquistar sua independência na fase adulta onde estabelecerá um padrão, sendo este copiar as atitudes e especificidades dos pais e formar uma identidade pessoal.

Aqui há um conflito: Ora, como chegará o adolescente na fase adulta para estabelecer um padrão quando ele não tem, efetivamente, uma figura materna ou paterna? A realidade a qual estão inseridas essas crianças e jovens é totalmente a margem daquelas que tem uma figura maternal resguardando não só seus direitos sociais como correspondendo aos seus anseios íntimos e afetivos.

É válido lembrar ainda que as crianças são encaminhadas para o abrigo para posteriormente serem colocadas a adoção, justamente por não ter um ambiente

ISSNe 2595-1602

familiar adequado, interferindo diretamente no seu crescimento e amadurecimento. Para Winnicot:

> A família deve ter certa estabilidade e constância para ter uma condição maior de favorecer o desenvolvimento da criança, pois entende-se o ambiente familiar como aquele que costuma ter uma flexibilidade maior de condescendência.

Já na adolescência, de acordo com o autor, a figura essencial passa da materna para a paterna. Porém, se o adolescente passou por uma infância turbulenta sem um ambiente favorável, questões mal resolvidas podem ser revividas por ele durante seu período de transição da fase infantil para a adolescência.

O apadrinhamento é uma grande ajuda no desenvolvimento pessoal destas crianças. Ajuda-os tanto no social como no psicológico ao ter o carinho de uma pessoa que poderá ter um vinculo para sempre, sendo adotada ou não. Este meio pelo qual possibilita um maio crescimento é eficaz e de grande importância, assim formas de divulgar essa possibilidade devem ser cada dia mais expostas a sociedade através de campanhas criadas pelo governo ao até mesmo pelo próprio abrigo. O instituto fazendo história é uma grande ferramenta que disponibiliza ao cidadão que deseja se tornar um padrinho, trazendo muitas informações e ajudando nesta etapa.

ISSNe 2595-1602

> O IFH (Instituto Fazendo História) prepara, seleciona e acompanha padrinhos e madrinhas em sua relação com seus afilhados(as), em parceria com os serviços de acolhimento. As crianças e adolescentes participantes também são preparadas e há um processo de aproximação entre os candidatos a padrinhos e madrinhas e as crianças e adolescentes – são os encontros lúdicos, momentos em que todos se conhecem por meio de brincadeiras, jogos e conversas. Depois disso, o pareamento (a definição de *quem vai ficar com quem*) é definido e inicia-se a convivência individual entre adulto e criança/adolescente. - Site Instituto Fazendo História.

A idade se tornou uma das principais características para a adoção, podemos assimilar isso à carga que a criança já adquiriu.

De acordo com a psicóloga Marlizete Vargas a adoção é considerada tardia quando a criança tiver mais de dois anos, podendo estas ter sido abandonada pelas mães ou retiradas dos pais pelo poder judiciário. Segundo WEBER (1998, p.64):

> As crianças em acolhimento institucional são protótipos dos resultados devastadores da ausência de uma vinculação afetiva estável e constante e dos prejuízos causados por um ambiente empobrecido e opressivo ao desenvolvimento infantil.

6. CONCLUSÃO

Observando as exposições acima feitas, chega-se à conclusão de que existem inúmeros motivos que levam as crianças à envelhecerem nos abrigos desde a burocratização no processo de adoção até a falta de interesse pelos adotantes por adolescentes ou crianças acima de 2 anos. Mudar esse cenário é fundamental para diminuirmos a quantidade de adolescentes que completam 18 anos dentro dos abrigos institucionais.

A criança está sendo preparada dentro do abrigo para ter uma família, porém, as famílias não estão preparadas para receber essas crianças mais crescidas, causando um descompasso entre crianças e desejos do adotante, subtende-se que quanto mais velha a criança é, mais tarde ela foi abandonada e negligenciada, causando um dano maior.

Os adotantes oferecem resistência à essas crianças, mas não se deve tratar isso sempre como um preconceito, refere-se mais a um desejo de ser pai e mãe desde o início, conhecendo todas as fases, ensinar a andar, ensinar a falar. É um desejo de vivenciar as “primeiras vezes” e é um desejo legítimo. Os pretendentes se cadastram justamente pelo anseio de adotar, essas pessoas são mais flexíveis a cogitarem a possibilidade de mudar um de seus requisitos, trabalhar a mente delas seria uma boa solução.

Observam-se programas de grande eficiência como o de apadrinhamento e o “Frente pela Adoção” que foram citados no decorrer do texto, que deveriam ser adotados por todos os municípios em busca de sanar os malefícios que sofre o adolescente desabrigado, bem como, os traumas causados por terem grande parte da vida sendo tolhidos de seus direitos constitucionais.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:. Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

VERONESE, Josiane Rose Petry . **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

JUSTO, J. S. A institucionalização vivida pela criança de orfanato. In: MERISSE, A. et al. **Lugares da Infância**: reflexões sobre a história da criança na fábrica, creche e orfanato. São Paulo: Arte & Ciência, 1997, p. 72-73.

HUTZ , Claudio Simon. **Prevenção e Intervenção em Situações de Risco e Vulnerabilidade**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

WEBER, L.N.D. Laços de Ternura: pesquisas e histórias de adoção.Curitiba: Santa Mônica,1998.

INSTITUTO Fazendo História. São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.fazendohistoria.org.br/home#blog-home. Acesso em: 9 abr. 2019.

CECCON, Mariana. **O que acontece com as crianças que não foram adotadas?**. [*S. l.*], 29 nov. 2016. Disponível em: https://afagas.org.br/2016/11/o-que-acontece-com-as-criancas-que-nao-foram-adotadas/. Acesso em: 28 abr. 2019.

FRENTE Parlamentar pela Adoção. [*S. l.*], 2013. Disponível em: https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/frente-parlamentar-pela-adocao.aspx. Acesso em: 14 maio 2019.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. Casa do Psicólogo, 1998. PARTE LEGAL SOBRE LEI.

TARDIA, Adoção. Adoção tardia: altruísmo, maturidade e estabilidade emocional. **Psicologia: Reflexão e crítica**, v. 14, n. 1, p. 73-80, 2001.

PASSO a passo da adoção. [*S. l.*], 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao. Acesso em: 18 abr. 2019.

47 mil crianças e adolescentes vivem em abrigos no Brasil. [*S. l.*], 29 jan. 2018. Disponível em: https://observatorio3setor.org.br/carrossel/47-mil-criancas-e-adolescentes-vivem-em-abrigos-no-brasil/. Acesso em: 5 maio 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. SANTOS, Daniele Maria Espezim. **Direitos e garantias da criança e do adolescente.** Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

ISSNe 2595-1602

DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Isabela Teixeira de Menezes[1]

Rosilene Terezinha de Paiva[2]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do direito fundamental da propriedade através do instituto da alienação fiduciária e mais especificamente como ela se dá na aquisição de bens imóveis com essa forma de garantia. Inicialmente caberá a explicação de como a propriedade é concebida pela sociedade através do tempo e de que forma foi instituída como princípio elementar no direito brasileiro. A partir desse entendimento, há de se compreender quais foram os principais aspectos que levou o legislador a regular um novo modelo de garantia baseado na propriedade resolúvel do imóvel e de que forma ela vêm a atender os princípios constitucionais e civis brasileiros em busca dos interesses individuais e principalmente coletivos. Utilizamos a revisão bibliográfica como diretriz metodológica, e delimitamos a pesquisa com a observância aos princípios da função social da propriedade, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, visando a investigação de seus efeitos, eficácia e eficiência no que tange a aquisição imobiliária por meio da alienação fiduciária como modo a garantir o direito de propriedade.

Palavras-chave: direito fundamental da propriedade. alienação fiduciária. função social da propriedade. função social do contrato.

ISSNe 2595-1602

[1] Discente do curso de Direito na Universidade Estadual de Maringá-UEM. Email: 7menezesisabela@gmail.com

[2]Professora adjunta do Departamento de Direito Privado e Processual da Universidade Estadual de Maringá e orientadora deste trabalho. Email: rosilenertp@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A propriedade é concebida na sociedade como um direito natural, inerente ao ser humano, haja vista que se exterioriza como a própria personalidade humana. Essa característica advém das concepções mais remotas de sociedade, desde quando o homem deixou de ser nômade e começou a estipular limites territoriais para dominação de cada grupo. Essa concepção é aprimorada no Direito Romano, momento em que é caracterizada como dominação humana sobre um objeto, do qual seu proprietário/dono poderia usar, gozar, dispor e reivindicar o bem. Posteriormente, com a Revolução Francesa, este conceito é reforçado através dos ideais de liberdade, que vão incidir diretamente no individualismo e na proteção à propriedade.

A forte presença do direito de propriedade como pertencente à esfera individual ganha legitimidade com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 (CHEMERIS, Ivan. 2003), momento em que o liberalismo retira das mãos do Príncipe a regulação das situações privadas e permite que os interesses individuais estejam distintos dos interesses do Estado, este não podendo interferir nas decisões particulares. Essa alteração no paradigma estatal fez com que as relações se tornassem desequilibradas quando se tratava de aquisição de propriedade, (LOBATO, Anderson Cavalcanti. 1998), haja vista que o detentor das terras tinha maior autonomia de negociação frente ao comprador, gerando a marginalização destes que estariam subordinados às vontades dos vendedores.

Apenas houve a mudança de perspectiva para o prisma de superveniência do interesse coletivo quando, após décadas de crescimento da desigualdade e abuso de poder nas relações civis, notou-se que apenas a intervenção Estatal seria a capaz de realocar as partes contratantes ao patamar de igualdade e para isso era necessário reconhecer as necessidades de alguns e retirar privilégio de outros, visando o interesse da coletividade. Essa reestruturação governamental, em momento posterior a readequação dos princípios sociais, gerou a formação do paradigma do Estado Social e Democrático de Direito. (CHEMERIS, Ivan. 2003).

Tomando como base a ênfase na sociedade e na coletividade, a Constituição Federal Brasileira outorgada em 1988, trouxe como pilar estrutural a propriedade privada e a função social da propriedade em seu Art 5º, XXIII e Art 170, inciso II e III, sendo que o último tem como objetivo limitar a atuação do primeiro através da obrigatoriedade à observância das normas morais, éticas e principalmente do interesse coletivo. Esse caráter social arraigado na Carta Magna advém da preocupação estatal em restabelecer o equilíbrio social que foi suprimido pelos direitos individuais durante todo período de liberalismo econômico.

Não obstante e como diretriz analítica do presente trabalho, os instrumentos de aquisição imobiliária se relacionam com o princípio da propriedade, visto que são eles que garantem acesso aos bens privados. Cabe ainda, a análise do instituto da Alienação Fiduciária nesse âmbito, pois ao ser instituído tal modelo de ônus, visou-se o estímulo à aquisição imobiliária principalmente para pessoas de baixa renda, pois o pagamento do valor total do bem é financiado e dividido em longas parcelas, que durante o período de adimplemento garantem ao adquirente a posse direta do bem,

ISSNe 2595-1602

enquanto a instituição financeira detém a propriedade resolúvel do imóvel, e a posse indireta com direito a consolidação em caso do não cumprimento contratual.

A par do exposto, pode-se inferir que a eficácia e eficiência da garantia fiduciária refletem no direito fundamental de propriedade e que analisar a realidade fática de sua aplicação ensejará na avaliação do nível de comprometimento estatal com esse preceito constitucional. À vista disso, o objetivo do trabalho é relacionar os princípios fundamentais e contratuais com a realidade prática do instituto de alienação fiduciária, pois há um crescimento na adesão dessa forma de contratação e necessita que seja avaliada sua execução pelo Estado. E como objetivo específico tem-se a observação do reflexo social causado na população que procurou essa forma de financiamento para conquistar o imóvel próprio e se tal procedimento tem seguido a função social da propriedade, do contrato e a boa-fé objetiva.

Ainda, põe se em vista a observância dos institutos de financiamento e programas governamentais, que surgiram ao longo dos anos na história do direito imobiliário brasileiro que visavam o incremento nesse setor e o desenvolvimento da economia, a partir da compra e venda de bens imóveis. Para tanto, figuras como o Sistema Financeiro de Habitação, o Banco Nacional de Habitação, o Sistema Financeiro Imobiliário e o Programa Minha Casa Minha Vida, são relevantes, pois mudaram os paradigmas de mercado, visando o estimulo a aquisição imobiliária e trazendo condições alternativas e mais eficientes para fomentar a economia que se encontrava abalada no final dos anos 80 e 90 do século passado (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. 1997), sendo que, a alternativa escolhida foi a implementação desses institutos, pois serviriam para fortalecer o mercado com créditos facilitados.

Em se tratando da metodologia utilizada para elaboração deste trabalho, recorremos à revisão bibliográfica com análise de textos e artigos, bem como da legislação vigente, a saber, a Lei 9.514/97 e os artigos pertinentes da Constituição Federal. Para a análise de tais preceitos utilizamos o método dedutivo, bem como a diretriz foi a contextualização histórica do princípio da propriedade como também do instituto fiduciário.

ISSNe 2595-1602

DESENVOLVIMENTO

1. Concepções iniciais do Direito de Propriedade

O conceito de direito de propriedade é relativamente recente se comparado ao seu exercício, visto que desde o povoamento da Terra o homem estabeleceu relações de dominação em seu espaço e começou a conquistar o território no qual se estabelecia (ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. 2017). Em um primeiro momento, as civilizações primitivas já organizadas em sociedades, ainda não conheciam a individualização de terras, pois reconheciam que ela tinha caráter comunitário e apenas exerciam domínio individual sobre certos bens móveis que compreendiam como de uso pessoal. Com o passar das décadas e o início da era agrária a valorização do terreno onde se fixavam as comunidades aumentou, pois se

notou a importância para subsistência de onde advinham alimentos e também riquezas, o que gerou os primeiros instintos de proteção da terra.

Em um segundo momento, durante o período da história romana, a propriedade adquiriu sentido estritamente individualista, sendo inclusive, conceituado como poder jurídico absoluto sobre uma coisa corpórea, configurando relação imediata entre o detentor e a coisa. Entretanto, a propriedade vem a alcançar seu grau máximo de individualismo com a Revolução Francesa, que instaurou o liberalismo econômico e adotou esse princípio como exteriorização da personalidade humana. A legitimação desse conceito se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na qual instituiu a propriedade absoluta e a liberdade econômica dos indivíduos como pilares da sociedade, não antepondo restrições para sua atuação. (CHEMERIS, Ivan. 2003).

Durante o Estado Liberal, há o gozo pacífico e absoluto da propriedade, pois esta era sinônima da realização da liberdade. Seu exercício com caráter extremamente individual e focado nas relações privadas, com vistas à satisfação das particularidades, eleva seu *status* a direito natural e inerente ao homem, adquirindo compleição de direito fundamental. (STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. 2000). Nesse momento, a atividade estatal foi reduzida a manutenção da ordem e da segurança para proteção das liberdades civis e individuais, sendo inadmissível sua intervenção nas relações entre particulares, pois estaria violando a liberdade destes em contratar e retroagindo a um período do qual a o monarca tinha controle sobre todas as relações.

ISSNe 2595-1602

Para a sociedade daquela época, que acabara de conquistar seus direitos pautados na liberdade, igualdade e fraternidade, a compreensão de propriedade estende-se ao exercício da autonomia da vontade, como bem preceitua Noberto Bobbio[3]:

> Quando eu digo que uma coisa é juridicamente minha, quero dizer que tenho, sobre aquela coisa, uma faculdade ou faculdades e juntamente também um poder, que consiste no uso legítimo da força (...), para rejeitar qualquer tentativa de limitar ou anular minha liberdade.

Logo, há de se inferir que a expressão liberal estaria sustentada nos pilares dos direitos individuais positivando-os no Código de Napoleão e também admitindo as práticas consuetudinárias como estruturantes daquele sistema jurídico que tem como resultado direto os ideais econômicos do início do século XIX. Entretanto, essa prática gerou um desgaste social muito grande, pois ao permitir que o mercado e as relações particulares fossem regulados por si só, (LOBATO, Anderson Cavalcanti. 1998), o que causou a permissividade do abuso de poder e a manipulação das negociações, na qual as partes mais vulneráveis não tinham como transacionar e exigir suas vontades, pois aqueles que detinham poder dificilmente abriam mão de seus interesses para

[3] BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Brasília: UNB, 1984, pg. 95.

chegar a um comum acordo, mantendo sempre o outro polo em desvantagens e submisso às regras ditadas, o que intensificou a desigualdade social.

2. Alterações de paradigmas do Estado e seus reflexos no direito de propriedade

Após a segunda grande guerra mundial e as crises que os Estados enfrentaram, juntamente das profundas disparidades sociais, do crescimento das ideologias sociais e da necessidade de enfrentar os reflexos causados pela política liberal, surgiu o ideário do Estado Social (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. 1997). Inicialmente, para a elaboração dessa nova teoria foi imprescindível a constatação de que a permissibilidade do mercado auto regular-se gerou profundas marcas sociais das quais só poderiam ser reconstituídas com a intervenção do Estado. (CHEMERIS, Ivan. 2003). Partindo desse pressuposto, o ideal de Estado Social caracteriza-se como a imposição de políticas governamentais a favor dos mais fracos economicamente, tentando restabelecer condições de igualdade.

A partir desse momento, os governos e as organizações internacionais pautaram-se na tutela do menos favorecido, visando restabelecer a igualdade nas relações sociais ou proporcionar condições especiais para que estes pudessem alcançar direitos comuns, já que pelo período anterior houve um desnivelamento da sociedade. É nesse contexto, que surgiram segundo Ivan Chemeris, 2000, os direitos de segunda geração consagrando dentro dos ordenamentos jurídicos os direitos sociais, econômicos e culturais, pautados na igualdade, que buscaram atuar em favor do cidadão e conferir a ele melhores condições de vida e de dignidade.

Tais características somadas com a democracia como centro estruturante das relações estatais, formou-se um novo paradigma denominado Estado Social Democrático de Direito, que foi adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art 1º, por ser de entendimento do constituinte e pela análise da época o melhor sistema a resguardar os interesses coletivos com primazia dos individuais. Instaurar o Estado Social Democrático de Direito foi reconhecer o necessário intervencionismo e estipular princípios fundamentais pautados na coletividade, o que vem refletir diretamente no conceito de propriedade, haja vista que anteriormente sua compreensão era totalmente traçada a partir do individualismo e da proteção contratual celebrada entre particulares, da qual não tinha fiscalização estatal ou regulamentação que impusesse limites para os compromissos fixados.

Tendo como base a modificação da noção individualista da propriedade, foi de fundamental importância a compreensão de que esta não está sujeita somente ao Direito Privado, mas compreende também a esfera do Direito Público, que veio a ser regulada pelo Direito Constitucional, dada a sua importância para a sociedade. Foi necessária também, a sua desvinculação do ideal liberal que orientava as estruturas governamentais desde a Revolução Francesa para perfilhar as novas bases de propriedade que foram instituídas na Carta Magna.

ISSNe 2595-1602

3. Direito de Propriedade e relação com a Alienação Fiduciária e demais princípios

Levando em consideração as mudanças sofridas na estrutura do Estado Brasileiro, há de se observar que juntamente com o rol de Direitos Fundamentais estabelecidos no Art 5º, XXII, XXIII, CF, encontra-se: a garantia do direito à propriedade e a função social da propriedade. Além de servir como basilar para satisfação das necessidades humanas, a propriedade, a partir desse momento, deverá ser observada com vistas à indispensabilidade de haver sua utilização para além do individual, sendo que não serão admitidas ações que ferem os interesses coletivos, pois o proprietário deve exercer função externa ao seu domínio em favor da sociedade, não pautado apenas em suas convicções e vontades.

Desta forma, para a efetivação de tais preceitos, o Estado criou institutos e programas que auxiliassem na aquisição imobiliária e na preservação de sua função social, no qual dentre estas instituições está a alienação fiduciária em garantia, que inicialmente foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro para bens móveis, mas dada a necessidade de fomento do mercado imobiliário, admitiu-se nessa modalidade para imóveis com legislação própria, já observando os preceitos constitucionais.

A importância dessa forma de garantia revela-se ainda maior dada a crise no Estado brasileiro nos anos 80 e 90, que expôs a instabilidade do mercado financeiro e o aumento da desigualdade social, e visando um meio alternativo para solucionar ou ao menos reduzir os danos causados pela instabilidade vivida até então, a Lei 11.514/97 foi planejada para obter a aquisição imobiliária pela classe média e baixa, trazendo meios alternativos e menos dispendiosos para a negociação e tirando da esfera judicial o processo de cobrança pelos valores não pagos, o que reduziu as taxas de juros e aumentou o interesse das instituições financeiras a praticar tal contrato, visto que reduzia a morosidade do recebimento dos valores em atraso e também da possível consolidação do imóvel para seu patrimônio, em caso de inadimplemento absoluto.

Portanto, a Alienação Fiduciária trouxe benefícios a ambas as partes, porém, pela opção estatal de proteção ao menos favorecido economicamente e com vistas à função social da propriedade, seu funcionamento se dá pelo empréstimo do valor total ou parcial do bem, através de uma instituição financeira, que será parcelado em longas parcelas de menor valor, sendo que no momento do contrato fica acordado que o adquirente terá a posse direta do bem, que se traduz no uso da coisa como se fosse sua, porém não tem o direito de propriedade até que se conclua o pagamento, haja vista que quem possui a propriedade resolúvel, e a posse indireta é o credor, o qual em caso de inadimplemento poderá cobrar as parcelas vencidas através do meio extrajudicial, estando conferido a ele, se não houver quitação no prazo estipulado, processo de leilão do imóvel que vise a quitar a dívida, extinguindo o processo e a pretensão do devedor em adquirir o bem.

Não obstante de tal assunto, a função social do contrato se relaciona com os demais princípios tratados, haja vista que conforme preceitua Flávio Tartuce (2017, p. 265) “A real função social do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os

ISSNe 2595-1602

interesses da pessoa humana"[4] demonstrando que só haverá a efetividade desse fundamento se, através do que for estipulado no contrato de alienação fiduciária, servir para oportunizar os economicamente desfavorecidos, pois sua atribuição precípua é de oportunizar a aquisição imobiliária a todos, atendendo o direito da propriedade e também a dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, cabe a observação ao princípio da boa fé objetiva que determina o conhecimento, a aceitação e a capacidade de reconhecer os desdobramentos dos termos avençados no pacto, desde o momento pré-contratual, durante o período de execução e até mesmo compreendendo o pós-contrato, tutelando, dessa forma, os direitos e deveres estipulados, gerando segurança jurídica para que se cumpram os efeitos contratuais. Caso inverso, geraria a quebra do princípio já consagrado pelo Código Civil em seu Art 421 e pela doutrina, que como bem expõe Maria Helena Diniz (2018) a boa-fé objetiva:

> Requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações da distribuição dos riscos e encargos.[5]

Dado o exposto, vale salientar que os princípios supramencionados relacionam-se para conferir estabilidade jurídica e garantir que o intuito da lei seja de fato cumprido, haja vista que estruturam todo o entendimento e processos que regem a aquisição imobiliária, não podendo ser colocados à margem das relações individuais e de sua influência no coletivo. Paulo Lobo, bem ilustra tal situação expondo que:

> Quando o contrato, especialmente se inserido em atividade econômica, ou parte dele, não puder ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da justiça social e o princípio decorrente da função social, deve ser considerado nulo[6].

Em consequência desse entrelaçamento principiológico e da necessidade de serem observados, pode-se inferir que a Alienação Fiduciária é recepcionada no sistema jurídico brasileiro com desígnio de conferir o direito fundamental de propriedade, bem como garantir que seja cumprida sua função social, e uma forma de que isso ocorra com segurança para os indivíduos contratantes e sem trazer prejuízos à sociedade, é garantir que sejam cumpridos, desde o momento anterior a contratação, com a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

[4] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie: ed. 12. Ed. Forense.

[5] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. ed. 34. Ed. 2018.. SaraivaJus, p. 205.

[6] LOBO, Paulo. Direito Civil: Contratos: ed. 3. SaraivaJus, p. 185.

ISSNe 2595-1602

Como a vontade do legislador constituinte foi clara e específica quanto à primazia dos interesses coletivos, a Lei de Alienação Fiduciária também se pautou desse pressuposto buscando a aderência das classes sociais a essa forma de garantia para que pudessem financiar o valor integral do imóvel. Ademais, para o seu bom funcionamento e efetividade, coube o atrelamento de outros programas governamentais para que tivesse máximo aproveitamento financeiro e de medidas que custeiam o direito à moradia, como o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço[7], o Sistema Financeiro da Habitação [8] e o Sistema Financeiro Imobiliário[9].

Além de a legislação prever o proveito desses projetos estatais no contrato de compra e venda com alienação fiduciária, ela também estipula como prerrogativa ao adquirente o prazo para purgação da mora após notificação, ou ainda para que tenha a possibilidade do completo pagamento das parcelas vencidas e vincendas até o final do segundo leilão, resguardando o direito de preferência, considerando que ele é o maior interessado na aquisição do bem e na transferência da propriedade para seu nome.

Conquanto, vale o questionamento de se realmente, com todas as atribuições dadas para o bom funcionamento do pacto com alienação fiduciária e da submissão ao direito fundamental da propriedade, está havendo reflexos positivos na sociedade, gerando de fato o aumento da aquisição no setor imobiliário e o aproveitamento dos programas atrelados, bem como se as taxas de juros e multas cobradas são proporcionais ao estipulado em contrato, ou se isso não vem a onerar mais o devedor, tendo em vista que a finalidade do contrato é ser adimplido, ficando o credor restituído do valor emprestado e o devedor-adquirente com a transferência da propriedade para seu patrimônio.

ISSNe 2595-1602

CONCLUSÃO

O direito de propriedade constituído desde as mais remotas expressões da sociedade aprimora-se ao passo que as relações interpessoais ganham força cogente

[7] FGTS, *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço,* Brasil. [Consult. 29 maio 2019] Disponível em: <http://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/o-que.aspx>. Fonte de financiamento habitacional através de um fundo que poderá ser sacado “em momentos especiais, como o da aquisição da casa própria (...), para a construção, liquidação ou amortização de dívida vinculada a contrato de financiamento habitacional”.

[8] SANTOS, Claudio M. Hamilton, «Políticas Federais de Habitação no Brasil» (1999), Brasília, [Consult. 30 maio 2019]. Disponibilidade e acesso: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2814/1/td_0654.pdf>. ISSN: ISSN 1415-4765. O Sistema Financeiro de Habitação é um “mecanismo de captação de poupança de longo prazo para investimentos habitacionais, cuja ideia central era que a aplicação de um mecanismo de correção monetária sobre os saldos devedores e as prestações dos financiamentos habitacionais viabilizariam investimentos no setor habitacional.”

[9] CIBRASEC, *Companhia Brasileira de Securitização, Brasil.* [Consult. 29 maio 2019] Disponível em: < http://www.cibrasec.com.br/duvidas.html>. Sistema Financeiro Imobiliário foi “criado pela Lei n. 9.514/97 é um conjunto de normas legais que regulam a participação de instituições financeiras (...) e não financeiras (...) na realização de operações de financiamento de imóveis residenciais e comerciais, com a efetiva garantia de retorno dos capitais emprestados”.

e visam benefícios próprios. Essa perspectiva dá-se inicialmente com o povo romano, que compreende propriedade como sendo o uso, gozo e proveito da coisa de acordo com seus interesses, sendo que admitem o poder absoluto sobre ela. Em um período conseguinte, durante a Revolução Francesa, a propriedade adquiriu caráter de extensão da natureza humana, sendo integrada como inerente a existência do ser e a máxima expressão de liberdade, porém dada a essa grande amplitude e a falta de limitações para sua manifestação, a propriedade tornou-se fator de desigualdade social necessitando do forte intervencionismo estatal para sua amenização.

Sendo assim, considerando a urgente proteção do Estado frente aos direitos sociais, veio à tona a teoria do Estado Social e Democrático de Direito, que foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal em 1988, com bases estruturantes na garantia da liberdade e das expressões de mercado, porém sem atingir de forma abrupta e desproporcional os interesses coletivos. Nesse diploma legal, foi eleito como direito fundamental a propriedade e a sua observância frente à função social, visando o estímulo a aquisição imobiliária e a condições dignas de moradia.

Ademais, foi publicada a Lei 11.514/97, que institui a alienação fiduciária como forma de garantia para bens imóveis, que atrelada a programas governamentais fornecem melhores condições de financiamento para a compra da casa própria pela classe menos favorecida economicamente. Contudo, vale observar que para o bom andamento das relações contratuais que envolvam este ônus, deverá ser cumpridas as exigências dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Logo, pela crescente adesão aos contratos de compra e venda com alienação fiduciária no Brasil, tendo em vista uma idílica perspectiva de que há facilidade para o comprador interessado adquirir seu imóvel através de um financiamento em longo prazo, deverá ser indagado se há o cumprimento estrito do versado em lei, visto que, pouco se tem levado em conta o desdobramento do cumprimento dessa obrigação, que por muitas vezes acaba pela consolidação do imóvel pela credora e a perda da propriedade pelo devedor, sendo que pode ocorrer consecutivamente um distanciamento das partes trazendo uma insatisfação obrigacional dos objetivos avençados originalmente entre as partes.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Brasília: UNB, 1984, pg. 95.

CIBRASEC, *Companhia Brasileira de Securitização, Brasil.* [Consult. 29 maio 2019] Disponível em: < http://www.cibrasec.com.br/duvidas.html>

CHALHUB, Melhim Namen. Negócio fiduciário: Alienação fiduciária: ed. 5. Editora Forense, 2017.

CHEMERIS, Ivan. A função Social do da Propriedade: O papel do Judiciário diante das invasões de terras. Editora Unisinos, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. ed. 34. Ed. 2018.. SaraivaJus.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito civil 4:

Contratos, teoria geral e contratos em espécie: ed. 5. vol. 4. Atlas, 2015.

FGTS, *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço,* Brasil. [Consult. 29 maio 2019] Disponível em: <http://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/o-que.aspx>

LOBATO, Anderson Cavalcanti. O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: R.T., n. 22, 1999, p. 143.

LOBO, Paulo. Direito Civil: Contratos: ed. 3. SaraivaJus.

LOPES, Christiano Lins. Crescimento imobiliário após a inserção da Alienação Fiduciária, 2013. (Programa de Pós Graduação em Economia - Mestrado Profissionalizante), Acessível na Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação – FACE; Universidade de Brasília, Brasil.

SANTOS, Claudio M. Hamilton, «Políticas Federais de Habitação no Brasil» (1999), Brasília, [Consult. 30 maio 2019]. Disponibilidade e acesso: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2814/1/td_0654.pdf>. ISSN: ISSN 1415-4765.

STRECKM Leio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 53)

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie: ed. 12. Ed. Forense.

ISSNe 2595-1602

ATÉ QUE PONTO VAI O DANO MORAL DESENCADEADO PELA OFENSA À HONRA: ANÁLISE DO CASO FÁBIO ASSUNÇÃO.

Flávia Lorena Souza Silva[1]

José Ricardo de Souza Rebouças Bulhões[2]

RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo, analisar como a ofensa a honra afeta diretamente e gera Danos Morais em indivíduos. Será utilizado a pesquisa a bibliográfica e jurisprudencial, buscando o aprofundamento em situações que são vistas como insignificantes. Por fim, será realizada uma análise ao caso do ator brasileiro Fabio Assunção que, se envolveu em algumas polêmicas e logo após foi visto como sinônimo de gozação, onde milhares de brasileiros ofenderam sua honra após episódios interpretados com chacotas e zombarias.

Palavras-chave: Honra. Ofensa. Dano Moral. Jurisprudência. Insignificância.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduando do Curso de Direito pela Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR), flavialorenass1999@gmail.com.

[2] Professor do Curso de Direito

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo compreender a correlação entre Ofensa à Honra e o Dano Moral, tonando-se possível observar a importância desse tema ao âmbito social. A honra pode ser definida como o nome e a reputação que é buscada desde o nascimento até o fim da vida. Além de ser, conceituada como o respeito estabelecido em relação a si mesmo. Desde a era colonial é imposto ao povo, a ideia de que para ser bem visto é necessário que durante toda a vida, o nome e a reputação seja preservada, tornando-se um meio de avaliação alheia. Haja vista que, existe subdivisões do conceito de Honra, sendo elas, a honra objetiva e a subjetiva. Sobretudo, foi possível constatar que tal conceito decorre-se do direito da personalidade, citado nos primeiros artigos da Carta Magna de 1988. O direito da Personalidade traduz a essência da pessoa, se sobrepondo a cor, gênero, raça, cultura, fortuna, idade e até nacionalidade. Dessa maneira, cria-se um nexo com a honra. A ofensa a honra é tudo aquilo que vai em direção contraria a preservação da boa reputação, índole, intimidade. O Dano Moral é aquilo que afeta o indivíduo como pessoa, excluindo qualquer lesão ao patrimônio. Visto que, afeta-se todos os aspectos que constituem o direito da personalidade, como a honra, o bom nome, a intimidade. A partir disso, foi possível observar que dano moral se diverge de dano psicológico, pois o segundo é regido por uma doença anterior.

Dessa forma, surge a seguinte problemática: Até onde o dano extrapatrimonial pode gerar uma lesão na honra do indivíduo? Ao longo de todo o artigo, buscaremos a resposta através de constatações de diversos autores renomados no ramo do Direito Civil. Além disso, será realizada uma análise a um caso concreto, seja ele o do ator Fabio Assunção que foi exposto de forma indevida e julgado por toda sociedade. Dessa forma, será verificado como ocorre o processo de estudo para identificar e diferenciar o dano moral do psicológico.

Ademais, tornar-se-á visto como ocorreu o processo de mudança do Código Civil, quando se trata da honra e de seu julgamento. Será levado em conta a nova Carta Magna de 1988, que expandiu os direitos que estabeleciam uma proteção no que tange a moralidade do indivíduo. Visto que, a codificação vigente até o ano de 2002 não incluía a honra como objeto de punição. Além disso, durante o estudo sobre o Caso com o ator Fábio Assunção será levado em conta o quão lesivo pode se tornar uma brincadeira e o uso indevido da imagem.

OBJETO DO ESTUDO

Danos morais motivado pela ofensa a honra e estudo de caso concreto.

REFERENCIAL TEÓRICO

O embasamento teórico utilizado se relaciona com o tema abordado, sendo de grande relevância para o desenvolvimento do Projeto de Pesquisa.

A partir de uma leitura no livro “Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral” de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho foi possível observar e chegar à

ISSNe 2595-1602

conclusão de que a honra estar atrelada ao indivíduo durante toda a sua vida, sendo ela traduzida através do Direito da Personalidade. Outro hora ele expõe a subdivisão existente no conceito de honra, a objetiva e a subjetiva. Na primeira, é levado em conta a reputação do indivíduo e o nome que ele adquiriu durante a vida. Na segunda, é observado sentimento em relação a si mesmo, levando em conta a consciência da dignidade.

No livro "Programa de Responsabilidade Civil" de Sérgio Cavalieri Filho, foi abordado que a personalidade é tão importante quanto a vida, sendo inerentes a ela, ou seja, a partir do momento do nascimento até o fim da vida. Visto que, é por meio da personalidade que o indivíduo cresce profissionalmente, constrói família, busca um bom nome e uma boa reputação diante a sociedade. Além disso, o autor afirma que o dano moral está ligado a reação psíquica do indivíduo.

A terceira literatura usada na conceptualização dos elementos é "Manual de Direito Civil – Volume Único" também dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, haja vista que nesta obra os autores expõe como é estabelecido o dano moral, visto que tal lesão não afeta o conteúdo monetário nem é regido pelo dinheiro, ou seja, reforça a ideia de que o direito da personalidade é o alvo principal a ser lesado.

O penúltimo livro que foi utilizado como base na elaboração da pesquisa é "Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil" com autoria Sílvio de Salvo Venosa, nesta obra foi possível observar que o ato ilícito é toda ação contraria ao ordenamento jurídico. Visto que, se torna moral o dano que afeta a vida do indivíduo e sua intimidade. Sobretudo, o autor entra em uma questão extremamente importante, pois é feito um estudo sobre a divergência existente entre dano moral e psicológico. Dessa forma, o autor reafirma que o dano moral afeta o psíquico do indivíduo, sua alma, honra, seu nome, intimidade. De tal maneira, é observado a dificuldade de indenização nesses casos pois há uma grande dificuldade para estabelecer uma recompensa justa ao dano.

O último livro utilizado como fonte de obtenção de dados é o "Direito Civil Brasileiro" de Carlos Roberto Goncalves, de acordo com a visão dele, danos morais mantem como objeto principal a lesão ao ser humano e os seus princípios. Dessa forma, é inserido os direitos da personalidade como principal utilizado para derivação para da honra, pois neste direito é buscado sobretudo a preservação da imagem, intimidade, o bom nome. Esses princípios são citados no art. 1ª e 5ª da Constituição Federal, onde o disposto foi analisado como objeto principal.

Por fim, foi feita uma análise ao seguinte artigo cientifico "Estudo e Pesquisa em Psicologia" com autoria de estudantes da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, onde foi buscado informações que pudessem distinguir dano psicológico do dano moral. Através disso, foi possível observar tamanha divergência, pois o dano psicológico é decorrente de uma doença gerada anteriormente e o dano moral é a lesão que afeta a intimidade da pessoa por meio de situações que interferem no direito da personalidade.

ISSNe 2595-1602

METODOLOGIA

A presente pesquisa de natureza qualitativa, foi realizada com o método bibliográfico, através de uma revisão da literatura concernente às temáticas tratadas, utilizando o método dialético.

A HONRA COMO MEIO DE AVALIAÇÃO A INDIVIDUOS

A honra pode ser definida como o respeito próprio que, consequentemente, resulta em um bom nome e reputação. Quando se fala de honra, em primeiro momento remete-se a imagem geral do indivíduo diante a sociedade e como ele é visto através dos seus princípios. Desde as sociedades medievais é imposto sobre a coletividade, a ideia de que o indivíduo tem o dever de apresentar-se a ela com respeito, gerar uma boa reputação diante de todos e fazer com que a maioria tente mantê-la intacta. Dessa forma, foi criado durante o decorrer dos tempos o paradigma de que a honra gere todo o meio social que os cerca.

Segundo os autores Gagliano & Filho (2008, p. 173.) “A honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte.”. Além disso, é exposto pelos autores também que, a honra aparece com duas subdivisões a objetiva e a subjetiva. A honra objetiva, pode ser conceituada como a reputação da pessoa e o bom nome exercido por ela diante a sociedade, sendo o meio principal de preservação de uma imagem honesta. Já a honra subjetiva é o “sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade”, em outras palavras, é a auto aceitação e valorização do nome que foi conquistado. Pode-se dizer, a partir disso, que o termo honra foi gerado como um meio público para o julgamento de forma positiva, através de ações.

Sendo assim, é visto que, como a honra pode ser caracterizada diretamente pela reputação da pessoa, pode-se dizer que é um meio de avaliação aos indivíduos, podendo concluir que a boa índole é essencial para o convívio afetivo e relações sociais. Além disso, é um meio de aumentar a estima para si mesmo, após ver que todo o “árduo trabalho” para conquistar uma boa reputação, não teria sido em vão. Dessa forma, analisaremos no tópico seguinte o quão doloroso pode se torna a ofensa desse princípio.

OFENSA A HONRA COMO OBJETO CENTRAL PARA O DANO MORAL

A ofensa honra configurasse como toda ação realizada de forma contraria a que foi estabelecida no tópico anterior, sendo então a desvalorização do nome, as tentativas de violação de uma boa reputação que foi gerada ao longo do tempo, chacotas para desvalorizar situações importantes e reais. Quando é estabelecido um parâmetro de análise sobre o que configura o dano moral, nota-se que, ele norteia-se através dos direitos fundamentais, sendo ele o direito personalíssimo. Cavalieri Filho

ISSNe 2595-1602

(2014), explica que a personalidade é tão importante quanto a vida, ela é gerada desde o nascimento e vai até a sua morte, sendo inerentes ao homem. É através disso que, o indivíduo cria laços, constrói família, cresce profissionalmente, busca um bom nome, uma boa reputação. O Direito da Personalidade representa a essência do indivíduo, indo muito além de cor, gênero, raça, cultura, fortuna, idade e até nacionalidade. Dessa maneira, gera-se um vínculo direto com a honra que, como foi exposto e conceituado no tópico anterior pelo autor Gagliano & Filho (2008, p. 173.) "A honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte". Através disso, é possível correlacionar esse dano, em especifico o moral, atentando diretamente a integridade física e intelectual, gerando inquietação espiritual, agindo contra os valores essenciais da vida humana e ofendendo sua honra. Outrossim, a ofensa a honra, pode afetar publicamente, ferir sua integridade, reputação, e gerar diante disso um constrangimento ao indivíduo. Além disso, Gagliano & Filho (2018, p.925) explica que:

> Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, a integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e a integridade moral (honra, imagem e identidade).

Até o surgimento do Código Civil, em 1916, o Brasil era gerido pelos Princípios do Reino de Portugal e legislação aplicada em prol do Direito Civil, no entanto não era regularizado de forma expressa o ressarcimento por danos morais. Haja vista que, o art. 159 da nova codificação, requeria que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Dessa forma, surgiu-se a dúvida sobre a inclusão do princípio de reparação civil dos danos morais, através do Código vigente em 1916, através disso Yussef Said Cahali (2005, p.46) afirmou que:

> Reconheça-se, porém, que já de longa data a doutrina nacional orientava-se no sentido de admitir a tese positiva da reparação do dano moral. A única divergência que ainda se mantinha estava em que alguns autores, embora aceitando a reparabilidade do dano moral como tese, negavam tivesse sido a mesma acolhida pelo nosso legislador como princípio geral, ressalvando certas disposições excepcionais específicas; enquanto outros se desenvolviam mais amplamente no sentido de que o princípio da reparação do dano moral já estava de fato integrado na nossa legislação anterior.

Ou seja, segundo ele a reparação pelo dano extrapatrimonial já estava incluída entrelinhas no primeiro Código Civil. Porém, o ajuste civil dos danos morais só foi acolhida, de maneira axiomática pelo ordenamento pátrio, após a entrada em vigência da Constituição Federal, em 1988, onde os bens invioláveis decorrentes da personalidade, foi afirmada e protegida de maneira efetiva. Consoante descreve Rui Stoco (2011, p. 1871) que:

ISSNe 2595-1602

> A declaração expressa no sentido de proteção e resguardo dos valores morais pela Constituição Federal não é propriamente um direito novo, mas apenas nova roupagem constitucional vestindo o velho e discutido direito.
>
> E a Lei Magna fê-lo de forma irrestrita e abrangente.
>
> Fez mais. Alçou esse direito à categoria de garantia fundamental (CF/88, art. 5º, V e X), considerada como cláusula pétrea e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º, da Carta Magna.

De tal maneira, tornando a valer, no art. 5ª da Constituição Federal expressa, nos incisos V e X, que:

> V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> 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;

Dessa forma, o Código Civil de 2002 em decorrência das mudanças que ocorreram, gerou uma abrangência maior do tema e admitiu uma reparação por dano extrapatrimonial. Haja vista, a primórdio a alteração no art. 189, que diz: 189 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito**” (grifou-se). Sílvio de Santos Venosa (2018), entende sobre ato ilícito como ações que são derivadas direta ou indiretamente da vontade que, gera efeitos jurídicos que são contrários ao ordenamento. Visto que, o Código vigente passou a valorizar o que, anteriormente, ainda era levado como insignificante porem estava presente e foi valorizado por conta da nova Carta Magna, abrindo portas para um direito onde o mundo fático é levado em conta. É importante frisar que tais danos, na maioria das situações, causa uma lesão irreparável. Como é explicado ainda por Bittar, o dano moral é algo individual e estrito à pessoa, revelando-se através de um traço psíquico ou somático. Além disso, o autor Cavalieri Filho (2012, p. 89) reforça que:

> O dano moral está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é um efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Ademais, assente o autor Carlos Alberto Bittar (1999, p. 43), que danos morais são:

> Aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum - porque ligados à natureza humana – podem

ISSNe 2595-1602

> ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese sub litem, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado.

Por fim, Venosa (2018) conceitua dano moral ou extrapatrimonial como o prejuízo que afeta o ânimo psíquico moral e intelectual da vítima, além de fortalecer a narrativa de que sua atuação é dentro dos direitos da personalidade, o que gera dificuldades no que tange ao estabelecimento de uma justa recompensa pela lesão construída.

POSSÍVEIS DANOS

Anteriormente, foi caracterizado com base em grandes autores a Ofensa e a Honra. Ambos, se correlacionavam e geravam o Dano Moral. Segundo o autor Sílvio de Santos Venosa (2018, p. 498):

> Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida de 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 sistemalogia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser qualificada economicamente.

ISSNe 2595-1602

Em outras palavras, a moralidade é atingida quando o interior do indivíduo é afetado e um terceiro é capaz de identificar. Porém aja vista que, o dano moral se distingue do dano psicológico, pois o primeiro não é decorrente de uma doença e sim de uma ação gerada por um terceiro. Em um Estudo e Pesquisa em Psicologia (2005, P.123), foi observado que:

> O dano psicológico é definido como sendo extrapatrimonial, mas não necessariamente de natureza moral. **Nesse sentido, é possível dizer que o dano psicológico é perfeitamente caracterizável e avaliável, haja vista, que as consequências psicológicas são demonstráveis** (ex: alterações perceptivas, depressão, fobias, tentativas de suicídio, dentre outros). O dano psicológico pode ser objeto de indenização, desde que fique caracterizado como uma incapacidade que importe uma lesão de tal entidade que implique alteração ou perturbação significativa do equilíbrio emocional da vítima, cujas consequências resultem em descompensação que afete gravemente sua integração ao meio social. (grifou-se)

Ou seja, o dano psicológico gera consequências demonstráveis, não sendo sujeitos de análise objetiva, pois na análise objetiva conceitua-se levado em conta a opinião de terceiros em relação a outrem, ou seja sua reputação, com isso é transferido ao julgador o dever de levar em conta aspectos subjetivos (nexo de

causalidade) durante a análise da extensão do dano causado. Outro hora o dano moral, segundo GONÇAVES (2009, p.359) caracteriza-se como:

> O que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os **direitos da personalidade**, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e **que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação** (grifou-se).

Sendo assim, é possível concluir que o principal Dano derivado da Ofensa a Honra é o moral. Pois, a partir do momento em que sua honra e integridade é ferida, através de mentiras, distorções de falas, injúrias. Gera-se dor, angústia, tormento, tristeza, vexame, humilhação, sofrimento, em seguida dificuldade de convívio social e no casos extremos é desenvolvido o dano psicológico.

CASO FÁBIO ASSUNÇÃO X DANO MORAL

Em junho de 2017 o ator brasileiro Fábio Assunção se envolveu em uma confusão. Tudo começou quando o ator viajou até a cidade, natural de sua namorada, Arcoverde, com o intuito de expor o documentário que ele dirigiu sobre a região. Em entrevista ao programa Conversa com Bial na Rede Globo, Fábio disse que:

> Era uma noite de comemorações, bebi muito e na minha ida ao banheiro me envolvi em uma confusão, onde levei vários chutes no rosto e as pessoas em volta não fizeram nada, além de filmagens cruéis. Logo em seguida queriam me levar ao hospital, eu fui, a minha contra vontade, pois sabia que iriam tentar me gravar lá também.

Nesta ida ao hospital, o ator se deparou exatamente com o que temia, ele mais uma vez foi alvo de filmagens não autorizadas da sua imagem, ele afirma ainda na entrevista, que “um funcionário do hospital saiu da uti com a câmera apontada para mim, fiquei muito exaltado com a situação e sai imediatamente.”. Logo após isto, o ator relatou que no momento em que ele estava saindo do hospital havia uma viatura fazendo ronda, nesse instante ele foi abordado e imediatamente algemado, ele teria ficado muito exaltado pois estava bêbado e acabou discutindo com o policial.

Logo após esse incidente, o ator se tornou centro de chacotas e zombarias na internet, virando sinônimo de gozação. Além disso, uma banda produziu uma música com seu nome, onde tinha como referência esse episódio. Ainda na entrevista no Conversa com Bial ele citou que já passou por um momento de dependência química e isso não é brincadeira. Ademais, Fabio fez um post em sua conta do Instagram dizendo que:

ISSNe 2595-1602

> Antes de qualquer coisa eu preciso falar com as pessoas que passam pelo mesmo problema que eu, cada um está nesse momento em um estágio, mas a nossa natureza é a mesma. Eu não endosso, de maneira nenhuma, essa glamourização ou zueira coma nossa dor. Minha preocupação é com você que sente na pele a dificuldade e a complexidade dessa doença. Minha vontade é que você tenha sempre um diálogo aberto e encontre um lugar de afeto com sua família, amigos e com a sociedade e assim merecer respeito e direito a um tratamento digno. 15% de pessoas do mundo tem problemas de adicção. É muita gente sofrendo por não conseguir controlar suas compulsões e eu acho importante lembrar a todos que isso não está escrito na certidão de nascimento. Todo mundo começa do mesmo jeito. Achando que tudo bem. E pode não terminar tudo bem.

Afirmando que, sim, ele tem problemas com álcool. Porém, ele levou em conta o fato do que ele realmente acha de si mesmo, trazendo à tona o conceito de honra subjetiva, onde é empregado o autoconhecimento. Sendo assim, o ator resolveu não processar a banda que utilizou do seu nome, Fábio Assunção, para desenvolver uma música. Desta forma, entrando em uma perspectiva jurisprudencial e levando em conta tudo que foi citado anteriormente, pode-se observar um episódio onde a honra de uma pessoa é lesada. A partir do momento que, o seu nome é usado para fins maliciosos gera-se um dano extrapatrimonial. Assinala Venosa (2018, p.498) que:

> Dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.

ISSNe 2595-1602

Sendo assim, o dano moral se trata de uma lesão decorrente do direito da personalidade, sendo tal direito responsável pelo nome, reputação, boa índole, integridade, honestidade. Dessa maneira, quando a imagem de Fábio Assunção foi associada a brincadeiras de mau gosto na internet, chacotas diárias e seu rosto virou memes nas redes sociais, a sua integridade moral foi afetada. O autor Sílvio de Santos Venosa (2018, p. 498) ratifica que: “A dor psíquica, o vitupério da alma, o achincalhe social, tudo em torno dos direitos da personalidade, terão pesos e valores diversos, dependendo do tempo e do local em que os danos foram produzidos.” A partir disso, como foi visto na entrevista e nota do autor gerou-se uma inquietação, pois a exposição desnecessária e a injúria decorrente das chacotas e ofensas, produziu tremendo desconforto e lesionou os direitos da personalidade que são expostos na Carta Magna de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Honra é um termo caracterizado como o objeto que afeta a esfera social e pessoal do indivíduo. Dessa forma, é possível observar que a honra é a intimidade, o bom nome, reputação. Tal princípio pode ser estabelecido através de duas

subdivisões, objetiva e subjetiva. A honra objetiva, é tudo que o ser humano almejou quando se trata de boa imagem e reputação. Já a honra subjetiva é a estima pessoal do nome que foi conquistado, sendo estabelecida a consciência em si de tal conquista. Outro hora, o dano moral é caracterizado como a lesão na alma, afetando diretamente a moralidade, intimidade, reputação. Visto que, a honra é derivada de um direito fundamental, o direito personalíssimo, baseado em um princípio que é gerado desde o nascimento, indo até o fim da vida. Dessa forma, tornam-se inerentes a vida. A partir disso, é possível observar que a ofensa a honra é gerada através de falsas afirmações, distorções de histórias, violação da privacidade e tudo que afeta a vida pessoal do indivíduo. O dano extrapatrimonial só se tornou punível após a alteração da Carta Magna de 1988, que estabeleceu o direito da personalidade como sendo fundamental, responsável pela vida e concebendo-as como cláusulas pétreas. Dessa forma, o código civil de 2002 ampliou o texto do art.159 e adicionou o dano a moralidade como ato ilícito, sujeito de penalidade.

Além disso, através da análise realizada a partir do caso do ator Fábio Assunção que após um episódio constrangedor, na cidade de Arcoverde – PE, ele acabou sendo detido. O incidente teria ocorrido por conta dos seus problemas com o álcool, logo em seguida Fabio se tornou sinônimo de festas e bebedeira. Visto que, diante a sociedade foi desconsiderado tudo que ele buscou no decorrer da sua vida, inutilizando o sucesso profissional com a atuação, o seu nome e reputação. Dessa maneira, o dano extrapatrimonial em decorrência da violação da privacidade e da lesão na sua intimidade, gerou-se constrangimento diante o corpo social. Porém, o ator fez uso da honra subjetiva como gatilho para sair dessa situação publica, pois a subjetividade da honra está atrelada a auto avaliação de si mesmo e a consciência da própria dignidade.

Ademais, foi possível chegar à seguinte conclusão no rege ao dano extrapatrimonial e a honra. A honra é um princípio que estabelecido pela vida, méritos, desejos, conquistas, nome, reputação, haja vista que partir do momento que esses princípios são feridos o dano moral é gerado e, lesiona-se a honra. Sobretudo dano moral lesa todos os aspectos, podendo ser considerado como um ferimento na alma. Dessa forma, visualiza-se a imensa importância da temática no que se refere a história que o indivíduo busca construir e todos os caminhos que foram percorridos para alcançar o sucesso, mas em tão pouco tempo todas as suas conquistas tornam-se insignificantes.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. v. I. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GACLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO – UERJ. **Estudo e Pesquisa em Psicologia.** Rio de Janeiro, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ISSNe 2595-1602

MICKEY E O DOMÍNIO PÚBLICO: COMO O RATO MAIS FAMOSO DO MUNDO, MESMO APÓS 90 ANOS DE SUA APARIÇÃO, AINDA TEM SEUS DIREITOS AUTORAIS PROTEGIDOS PELA DISNEY?

Anna Christina Gondim e Silva Neiva[1]

RESUMO

O presente artigo intenta elucidar um questionamento que por diversas vezes permeou o imaginário de diversas pessoas acerca das proteções legais conferidas à imagem do rato mundialmente conhecido e adorado, Mickey Mouse. Além de observar uma exploração a respeito da legislação brasileira acerca do conceito de marcas e suas diferenciações dos direitos autorais, bem como uma análise crítica à legislação vigente nos Estados Unidos da América sobre marcas e seus termos de direitos autorais; como estes temas são abordados e regimentados em ambos os países, bem como ressaltar a importante influência exercida pela Walt Disney Company e todos os seus esforços para a manutenção da sua exclusividade de uso da imagem do Mickey Mouse.

Palavras chave: marcas, direitos autorais, Mickey Mouse, domínio público.

ISSNe 2595-1602

[1] Anna Christina Gondim e Silva Neiva é graduanda em Direito na Universidade de Fortaleza/ UNIFOR, monitora voluntária de Processo Civil II – Execução e estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, email: annac.neiva@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Um habitual questionamento para os estudiosos acerca da proteção conferida pelos direitos autorais é de quando determinadas obras e produções de alto conhecimento se tornaram de domínio público, ou seja, quando a sociedade poderá usufruir e gozar destas sem que lhe seja imposta nenhuma penalidade.

Este questionamento por diversas inúmeras vezes, desde a criação por Walt Disney do personagem Mickey Mouse, perpassou o imaginário de seu público admirador, tão como quais as devidas proteções atinentes a este personagem, quais as diferenças presentes nas legislações vigentes nos Estados Unidos da América e em países como o Brasil.

O presente artigo procura abordar o tema apresentando uma análise do tratamento legal dado as marcas e direitos autorais na legislação estadunidense e brasileira, bem como apresentar todos os esforços já empreendidos pela Companhia Walt Disney no cenário americano e uma possível e palpável alternativa para a manutenção em segurança do uso exclusivo do rato mais famoso do mundo por seus atuais detentores.

REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO

No que se concerne à metodologia, foi utilizada como fonte as pesquisas bibliográficas, através de obras focadas nos assuntos a respeito da Empresa, nas formas de marca e direitos autorais, bem como a sua correlação com a legislação americana acerca do assunto tratado.

Já no que tange à utilização dos resultados, é pura, visto ser realizada com a finalidade de aumentar o conhecimento do pesquisador para que este adquira uma nova tomada de posição.

ISSNe 2595-1602

MARCA VS DIREITOS AUTORAIS Á LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com a legislação brasileira, marca é o simbolismo utilizado para a representação de uma entidade, empresa ou corporação. São sinais distintivos, visualmente perceptíveis usados para a distinção entre produtos e/ou serviços semelhantes.

Nas palavras de Marlon Tomazette " a marca identifica visualmente produtos ou serviços, é o sinal aposto a um produto, uma mercadoria, ou o indicativo de um serviço, destinado a diferencia-lo dos demais. "

Desta forma, tem-se três modalidades distintas de marcas; (I) marca de produto ou serviço que é utilizada para a distinção entre produtos ou serviços de outro semelhante ou afim, (II) marca de certificação que é aquela utilizada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, e (III) marca coletiva que é tida como aquela utilizada para

identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade, conforme distinções elencadas no artigo 123 da Lei 9.279/96 que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

Para serem efetivamente postos em vigor todos os direitos e proteções conferidas a marca, faz-se necessário que esta seja devidamente registrada pelo seu titular no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, no qual após todo o seu devido tramite legal, resultará na concessão de um certificado registrado sendo válido por 10 (dez) anos e passível de prorrogação.

Durante a vigência do prazo de registro da marca, essa será de trato exclusivo do seu detentor, ficando protegida no que concerne quaisquer imitações, ou reprodução, em todo ou em partes, da marca sem autorização prévia, podendo acarretar punições na seara cível, penal e administrativa sendo o seu uso exclusivo discriminado no *caput* do artigo 129 e suas penalidades indicadas nos artigos 189, 190 e 191 da supracitada Lei nº 9.279/96[2].

Por outro lado, no ordenamento pátrio, existe também um conjunto de prerrogativas conferidas a todo criador de obra intelectual, que são conhecidos direitos autorais, são exclusivos do criador da obra, para que este possa gozar dos benefícios de sua criação, estes são diferenciados em direitos autorais patrimoniais e morais.

No Brasil os direitos autorais são regulamentados pela Lei nº 9.610/98, denominada Lei do Direito Autoral (LDA), que protege as possíveis relações entre o criador e todos os que se utilizam de suas obras.

O direito moral é aquele que se vincula a personalidade do autor, é o direito que o autor tem de reivindicar a qualquer tempo as obras de sua autoria, sendo este irrenunciável, inalienável e intransferível conforme dicção do artigo 24, e incisos da lei dos direitos autorais[3], ou seja, pelas palavras de Newton Silveira constitui "o

ISSNe 2595-1602

[2] Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.
Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:
I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou
II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:
I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou
II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas. "

[3] Art. 24. São direitos morais do autor:
I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
III - o de conservar a obra inédita;
IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

direito do autor de retirar a obra de circulação ou de suspender sua utilização já autorizada".

Segundo José de Oliveira Ascensão "independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade", sendo estes referidos direitos, de acordo com o artigo 27, da lei nº 9.610/98 inalienáveis e irrenunciáveis.

Por outro lado, o direito patrimonial do criador é aquele intimamente relacionado ao valor econômico auferido à obra, e ao contrário do direito moral, este pode ser transferido, negociado e não existe para sempre, conforme previsão do artigo 28 e seguintes da LDA. A lei prevê o período de tempo no qual o autor será detentor dos direitos patrimoniais, dicção exposta no artigo 41 da Lei 9.610/98, veja:

> Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.
>
> Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o caput deste artigo.

Isto posto, toda obra intelectual registrada perante a Biblioteca Nacional, terá seus direitos de utilização, fruição e disposição exclusivos ao autor até 70 (setenta) anos contados após o falecimento de seu criador.

Findando-se o prazo de proteção dado as obras literárias, essas passam a ser de domínio público, ou seja, a obra passa a ser detentora de uma condição jurídica na qual não possui mais o elemento de direito real ou de propriedade que tem o direito autoral. Em outras palavras, seu uso passa a ser irrestrito por qualquer pessoa.

Durante todo o lapso temporal em que houve a criação daquela obra, até perpassados 70 (setenta) anos do falecimento de seu criador, esse e sua família puderam usufruir dos benefícios decorrentes da obra, após esse tempo entende-se que a criação é pertencente à sociedade.

Tendo em vista o explanado, formos analisar a criação do personagem Mickey Mouse apenas pela legislação brasileira, se no Brasil ele tivesse sido unicamente registrado; tendo o seu criador Walt Disney falecido em 15 de dezembro de 1966, a imagem do rato mais famoso do mundo cairia em domínio público e poderia ser utilizada por qualquer pessoa no ano de 2036.

Ocorre que, por ser uma obra intelectual criada e desenvolvida nos Estados Unidos da América, é necessário a análise da legislação americana acerca do tema tratado.

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

ISSNe 2595-1602

UMA VISÃO GLOBAL À LEGISLAÇÃO AMERICANA ACERCA DAS MARCAS

Conforme a legislação americana, a marca comercial é definida como uma palavra, símbolo ou frase usada para a identificação de um fabricante ou vendedor de produtos e o distinguir dos demais, estando essa definição prevista no título 15 §1127 do Código Americano, veja:

> O termo "Marca" inclui qualquer palavra, nome, símbolo, dispositivo ou qualquer combinação entre eles-
>
> (1) Usado por uma pessoa ou;
>
> (2) Uma pessoa que tenha intenção genuína de utiliza-la no comércio e solicita o registro no registro principal do estabelecimento estabelecido por este capítulo.
>
> Para identificar e distinguir seus bens incluindo produtos únicos daqueles fabricados ou vendidos por terceiros e indicar a origem dos bens, mesmo que essa fonte seja desconhecida[4] (Tradução livre)

A marca comercial, de acordo com a legislação americana, necessariamente precisa ser capaz de prover a distinção de um produto em particular. A corte dos Estados Unidos agrupou as marcas em quatro categorias baseado na correlação mantida entre a marca em si e o produto subjacente, sendo eles; (I) arbitrária ou fantasiosa, que se caracteriza pela marca que não oferece uma relação lógica entre o produto oferecido e o nome designado para a marca; (II) sugestiva, é aquela traz a memória ou sugere as características do produto oferecido; (III) descritiva, se caracteriza pela descrição direta, mais do que uma simples sugestão, uma característica o qualidade do produto ofertado; e (IV) genérica, sendo traduzida pela marca que descreve a categoria em geral da que o produto ofertado pertence. As marcas genéricas não são passíveis a proteção da legislação sobre marcas.

Afirmando que as marcas necessitam de proteção, de acordo com o §1127 do título 15 do Código Americano de leis, os direitos sobre a marca podem ser adquiridos de duas formas; (I) sendo o primeiro a utilizar aquela marca no comércio ou, (II) sendo o primeiro a proceder com o registro da marca junto ao Escritório de Patentes e Marcas dos Estados Unidos – PTO. O registro de marcas nos Estados Unidos contém o mesmo prazo de duração aplicado no Brasil, ou seja, 10 (dez) anos, com termos de renovação com o mesmo prazo e sem limites dispostos.

[4] The term "trademark" includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof—

(1) used by a person, or

(2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter,

to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown.

ISSNe 2595-1602

OS ATOS DE DIREITOS AUTORAIS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A legislação americana acerca dos direitos autorais tem início com o conhecido "Copyright Act of 1790", foi a primeira legislação federal acerca do tendo como inspiração o Estatuto de Anne, conhecido como o primeiro ato de proteção aos direitos autorais elaborado pelo parlamento britânico em 1710.

Segundo o mandatório estadunidense, as obras intelectuais devidamente registradas teriam assegurados os seus direitos exclusivos ao criador por apenas 14 (quatorze) anos, podendo ser prorrogada por uma única vez de igual período, perfazendo ao total 28 (vinte e oito) anos de proteção após a obra ser registrada.

Em 1831 o ato dos direitos autorais foi emendado pela primeira vez; agora, a proteção conferida as obras passaria a vigorar por até 42 (quarenta e dois) anos após o seu registro, em 1909 os termos mais uma vez passaram por alterações, passando os direitos autorais sobre obras intelectuais a vigorar por 56 (cinquenta e seis) anos após seu registro.

Neste cenário, Mickey Mouse debutou mundialmente no filme "Steamboat Willie", que estreou em 1928, estando por tanto sob as proteções de direitos autorais conferidas pelo ato de 1909, os quais perdurariam por 56 (cinquenta e sei anos).

Entretanto, ocorre que, poucos anos antes da expiração dos direitos autorais sobre o rato mais famoso do mundo, mais uma vez o congresso americano mudou os termos de sua legislação, passando a ter a adição de mais 19 (dezenove) anos ao termo anterior, ou seja, a exclusividade dos direitos autorais sobre a imagem do Mickey Mouse foi estendida para o total de 75 (setenta e cinco) anos. Por fim, a última alteração ocorreu em 1997, na qual o congresso introduziu a extensão ao ato de direitos autorais o prazo de 95(noventa e cinco) anos de duração.

Diante do exposto, e das diversas modificações dos atos de proteção aos direitos autorais, Mickey teve os seus direitos protegidos e exclusivos à Walt Disney Company até o ano de 2003.

ISSNe 2595-1602

MICKEY MOUSE PROTECTION ACT

Diante da iminente perda dos direitos autorais sobre a imagem do Mickey, a Walt Disney Company utilizou-se de uma forma legal de organização muito presente no cenário político estadunidense, investindo todos os seus esforços para protelar mais uma vez a duração de sua exclusividade de reprodução da imagem do seu personagem mais famoso e lucrativo.

Os "Politicals Action Comittee" – PAC, comitê de ações políticas em tradução livre, são organizações que têm o propósito de reunir contribuições para campanhas a favor ou contra candidatos, iniciativas de votações ou legislação. A maioria dos PACs representam negócios lucrativos, trabalhos ou interesses ideológicos.

De acordo com a própria companhia em documento disponibilizado online denominado Political giving and participation in the formulation of public policy – em tradução livre Políticas de doação e participação nas formulações de políticas

públicas – essa participação significa os esforços compreendidos pela companhia Walt Disney para participarem dos debates políticos de que alguma forma pode dá suporte ao posicionamento da companhia, vejamos:

> Por conta de algumas decisões de políticas públicas nacionais e locais afetarem os nossos negócios, a Companhia acredita que uma efetiva participação na vida política dos países e comunidades nos quais fazemos negócios é o melhor interesse da Companhia e de seus acionistas.
>
> Como resultado, nós participamos de debates políticos em diversas questões para apoiar os posicionamentos da Empresa, quando permitido por lei e considerado apropriado pela administração, contribuímos com candidatos a cargos públicos e organizações relacionadas.
>
> Existe uma ampla gama de questões que são de interesse da Empresa, os exemplos incluem: proteção de propriedade intelectual; regulação de transmissão, cabo e internet; liberdade de expressão; livre comércio; viagem e turismo; privacidade; e desenvolvimento econômico, incluindo a tributação apropriada. [5](Tradução livre)

Isto posto, foi investido o montante de cerca de U$149.612,00 (cento e quarenta e nove milhões, seiscentos e doze mil dólares) em contribuição para políticos que possivelmente poderiam votar favorável a um novo ato de extensão dos termos de direitos autorais, favorecendo assim a companhia.

Todos os seus esforços investidos tiveram um retorno positivo, tendo em vista que em 1998, os atos de direitos autorais foram estendidos para 95 (noventa e cinco) anos após sua publicação, ou seja, segundo a legislação vigente, os direitos autorais exclusivos conferidos ao Mickey Mouse perdurarão até o ano de 2023.

A aplicação de dedicação feita pela Companhia Disney foi tão visível e noticiada que a nova extensão dos atos de direitos autorais ficou mundialmente conhecida em tradução livre como Ato de Proteção Mickey Mouse.

Mas o cenário atual de constantes modificações na legislação responsável pelo caso, revela uma conjuntura instável para a manutenção da segurança da exclusividade de utilização dos direitos autorais do personagem, deixando dessa forma a empresa sempre a mercê de uma possível expiração de direitos, procedendo com contribuições monetárias que em suma não garantem nenhuma segurança à companhia Disney.

[5] Because many national and local public policy decisions affect our businesses, the Company believes that active participation in the political life of the countries and communities in which we do business is in the best interests of the Company and its shareholders. As a result, we participate in policy debates on many issues to support the Company's positions, and, where permitted by law and deemed appropriate by management, we contribute to candidates for public office and related organizations. A wide array of issues is of interest to the Company. Examples include: protection of intellectual property; broadcast, cable and internet regulation; freedom of expression; free and fair trade; travel and tourism; privacy; and economic development including appropriate taxation.

ISSNe 2595-1602

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o exposto é possível compreender que estando a imagem do Mickey Mouse apenas protegida por direitos autorais como fruto de uma obra intelectual seu prazo de exclusiva utilização, reprodução e fruição expirará em apenas 04(quatro) anos, sendo algo quase que inconcebível a possibilidade da Companhia Walt Disney deixar que o seu personagem mais famoso e lucrativo caia em domínio público.

Em face disso, é possível possibilidade, mesmo que remotas e incertas como já mencionado, de que o Comitê de Ações Políticas da Companhia continue atuante nesse caso específico, buscando meios de formular uma nova extensão dos atos de direitos autorais americanos.

Entretanto, considerando essa hipótese, se constitui a perspectiva de um direito nunca certo e sedimentado, e uma realidade de proteção à imagem do Mickey incerta e volátil, pois não é possível a previsão de como se dará as articulações políticas, tão pouco como serão firmados os entendimentos pessoais dos membros do congresso.

Por outro lado, como já vem acontecendo de forma silenciosa pela Companhia, tem-se a possibilidade da transformação da percepção da imagem do Mickey de obra intelectual para marca.

De fato, no ano de 2018, o rato mais famoso do mundo completou 90 (noventa) anos desde sua aparição, e em consequência a esse evento foram lançados vários artefatos, incluindo peças de vestuário, calçados, bolsas, itens de decoração, livros, fotos dentre outros como forma de comemorar esse feito, mas ao mesmo tempo, a Companhia Disney já registrou como marca, cerca de 19 (dezenove) formas diferentes de apresentar as palavras “Mickey Mouse”.

Desta forma, apesar de que em 2023 o Mickey já contará com 95 (noventa e cinco) anos desde sua primeira aparição, a Companhia poderá conter a utilização da imagem do seu rato alegando que sua esta atualmente constitui um significado secundário à nomenclatura “Mickey Mouse” sendo essa inseparável da Companhia Walt Disney.

Por fim, tratando o Mickey como uma marca, e principalmente de alto renome, a única preocupação decorrente disso deverá ser a manutenção do seu registro como marca, e assim, o rato mais famoso do mundo nunca cairá em domínio público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.279. 14maio1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL. Lei nº9.610. 19fev1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

ISSNe 2595-1602

ESTADOS UNIDOS. Circular nº92. Copyright Law of The United States and Related Laws Contained in Title 17 of The United States Code. Disponivel em: https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf. Acesso em: 18/05/2019.

ESTADOS UNIDOS, Havard. Overview of Trademark Law. Disponível em: https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/tm.htm?fbclid=IwAR0hyzbJSBHpXpKiv-p9eLUUoWPtvOvkOiA0zdDNptIqIshvOj0csNXN-9o. Acesso em: 09/05/2019.

WALT DISNEY COMPANY. Political Giving and Participation in the Formulation of Public Policy. Disponível em:https://www.thewaltdisneycompany.com/wp-content/uploads/Political-Giving-and-Participation-in-the-Formulation-of-Public-Policy.pdf. Acessado em: 18/05/2019.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e o direito societário – volume 1/ Marlon Tomazette – 9 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVEIRA, Newton. Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial/ Newton Silveira. – 4.ed. rev. e ampl.. – Barueri, SP: Manole, 2011.

ISSNe 2595-1602

CURATELA SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ana Lívia Queiroz Almeida Lima [1]

Luana Rocha Dantas [2]

Kerlândia Mayre Dantas Rêgo [3]

RESUMO

A curatela é uma medida protetiva do relativamente incapaz, atendendo as necessidades e circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível. Para o desenvolvimento desse artigo, aponta-se como objetivo geral contribuir para o esclarecimento das dúvidas dos curatelados e analisar quando a curatela pode ser absoluta e/ou relativa. Para a produção desse trabalho, utilizou- se como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental. Podemos concluir que o processo da curatela tem sofrido diversas alterações ao longo dos anos, porém, é perceptível que preserva seu objetivo mais pleno: a tutela dos bens, ou seja, direitos patrimoniais do curatelado. Antes da nova legislação, tinha-se que a vontade do curatelado era substituída pela vontade do curador, restringindo-se direitos e a própria atuação do curatelado como própria pessoa, o que não se admite no atual sistema jurídico. Dessa forma pode-se constatar que nessa nova legislação, o princípio da dignidade humana se torna essencial para garantir a emancipação e autonomia da pessoa deficiente.

Palavras-chave: Curatela; Relativamente incapazes; Direitos Humanos.

ISSNe 2595-1602

[1] Aluna do 7º período, curso Direito, pela Universidade Regional da Bahia UNIRB. E-mail: postolagoazul@hotmail.com

[2] Aluna do 7º período, curso Direito, pela Universidade Regional da Bahia UNIRB. E-mail: luanarocha7@hotmail.com

[3]Aluna do 7º período, curso Direito, pela Universidade Regional da Bahia UNIRB. E-mail: kerlandia@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O progresso da atuação dos direitos humanos fundamentais é percebido como essencial para a organização positiva dos direitos civis, acompanhado pelos fatos e lutas sociais que incidem na alteração, inclusive, das normas de direito processual. Por conseguinte, a defesa das pessoas, num modo geral, representa uma grande e importante quebra de paradigma no que refere o tratamento das pessoas com deficiência, por positivar direitos que visam à efetivação dos direitos humanos, especificamente os direitos promulgados na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas, norma de natureza constitucional no Brasil, em vista do processo legislativo a que foi submetida a sua inclusão ao ordenamento jurídico, adota a regra do reconhecimento igual perante a lei, devendo ser asseguradas às pessoas com deficiência medidas de apoio de que necessite para o exercício pleno da capacidade legal.

Segundo Pinheiro e Locateli (2017), a prática de estabelecer maior acesso aos direitos às pessoas com deficiência surgiu através das inúmeras lutas e mobilizações sociais ocorridas em várias partes do mundo, porém o maior reconhecimento a esse tipo de movimento só surgiu em 2007 com a participação dos estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) que passou a incluir em pauta essa discussão, propondo normas e medidas, estabelecidas segundo cada ordenamento jurídico interno desses países.

Ao mesmo tempo em que se evidenciam as ampliações normativas e afirmações dos mais variados direitos individuais e coletivos, é que a sociedade civil abre os olhos para as diferenças sociais para uma maior abrangência social, política e jurídica de um grupo de pessoas que compartilham de um sentimento de exclusão histórica pela sociedade civil.

De acordo com §1°, do art.85 da lei n° 13.146/2015, a curatela é o encargo público, cometido, excepcionalmente, por lei, a alguém para resguardar, se necessário, interesses de natureza negocial e patrimonial e para administrar os bens de maiores que, por si só, não estão em condições de fazê-lo

Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público (2016), curatela é o nome que se dá ao processo judicial no qual um juiz, assistido por uma equipe multiprofissional, analisa as necessidades de uma pessoa adulta (com 18 anos ou mais) para o exercício de sua capacidade civil e decide se ela pode ou não praticar atos relacionados ao seu patrimônio e negócios, ou se precisará de apoio para isso.

Tal procedimento confere a um indivíduo dirigir os bens de maiores incapazes, porém, também alcança outros casos, de efeitos específicos, portanto, trata-se de um instituto autônomo, de difícil delimitação, por ser complexo, envolvendo várias situações.

Segundo Maria Helena Diniz (2018) a primeira é de caráter permanente, e a segunda de caráter temporário.

ISSNe 2595-1602

Em regra, o pressuposto fático da curatela é a incapacidade, e estão sujeitos a ela, as seguintes pessoas: os adultos, que por causas patológicas, congênitas ou adquiridas, são incapazes de administrar seu patrimônio; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos ou substancias entorpecentes, e os pródigos nos termos do Código Civil, art. 1.767, I e III, com a redação da Lei n° 13.146/2015).

Para o desenvolvimento desse artigo, aponta-se como objetivo geral contribuir para o esclarecimento das dúvidas dos curatelados e analisar quando a curatela pode ser absoluta e/ou relativa.

Para a produção desse trabalho, utilizou- se como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental. De acordo com Marconi e Lakatos (2010), a pesquisa bibliográfica e documental se constitui como instrumentos de pesquisa que abrange toda a bibliografia pública em relação ao tema de estudo, com a finalidade de fundamentar o entendimento da temática com visão dos autores e doutrinadores, além da legislação específica, dos estatutos, e do código de processo civil.

2. OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO PROCESSO DE CURATELA

2.1 O Código Civil e as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

ISSNe 2595-1602

Pelo Código Civil de 1916 – “o considerado louco” de todo gênero era um absolutamente incapaz, era interditado, só podia atuar juridicamente com um representante/curador” (CC de 1916, art. 5°, II e 84). No entanto com o decreto n° 24.559/34, distinguindo o psicopata, em absoluto e relativamente incapaz, permitindo, que o juiz fixasse na sentença se sua capacidade era absoluta ou relativa.

Após vários decretos revogados pelo Código Civil 2002, art. 3°, II que também foi revogado pelo art. 4°, III, com a redação da lei n° 13.146/2015, são tidos como relativamente incapazes, se por causa transitória ou permanentemente, não puderem manifestar sua vontade.

> A curatela tem como escopo proteger o incapaz, cessará, se ele recobrar sua integridade mental, segundo o que se apurar em processo judicial de levantamento da interdição (DINIZ, p. 755).

A incapacidade relativa permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal, sob pena de anulabilidade (CC, art. 171, I). Certos atos, porém, podem ser praticados sem a assistência de seu representante legal, como por exemplo: Ser testemunha (art. 228, I); Aceitar mandato (art. 666); fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único); casar (art. 1.517); ser eleitor; celebrar contrato de trabalho; entre outros.

O Código Civil de 2002 trouxe algumas modificações, entre elas: reduziu a idade da maioridade, de 21 para 18 anos (art. 5°), e incluiu outros casos de incapacidade relativa, dispondo, no art. 4°.

> Art. 4° São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los:
>
> 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.

Pela lei n° 13.146/2015 (art. 84, §1°) a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas e quando for necessário será submetida à curatela e poderá optar pela tomada de decisão apoiada.

Os toxicômanos pela lei n° 4.294/21, foram equiparados aos psicopatas, criando o Decreto-Lei n° 891/38, no art. 30, §5°, duas espécies de interdição, conforme o grau de intoxicação: a limitada e a plena. A limitação era comparada à interdição dos relativamente incapazes; e a plena era similar à dos absolutamente incapazes. Hoje são considerados relativamente incapazes (CC, art. 4°, II) e estão sujeitos a internação em estabelecimentos especiais de tratamento e terapêutica ocupacional, conforme lei n° 11.343/2006, que prevê as medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reiteração social de usuários e dependentes de drogas.

Dos ébrios habituais - o art. 4°, II, do CC, os classifica como relativamente incapazes para a prática de determinados atos da vida civil. Em algumas situações irá necessitar de um curador que os assista (CC, art. 1.767, III) visto que podem ter alucinações visuais e auditivas, deterioração mental, delirium tremens (psicose aguda).

Os pródigos são considerados aqueles que dissipam, desordenadamente, seus haveres (CC, art. 4°, IV). É um relativamente incapaz, podendo apenas praticar atos de mera administração, necessitando de curador para efetivação de atos que comprometam seu patrimônio (CC, art. 1.782).

Só poderá conduzir sua vida civil dentro dos rendimentos que lhe forem arbitrados, com isso, a lei está evitando que venha a dilapidar seu patrimônio, visto ser pessoa que por razão psicológica, gasta desordenadamente seus bens. Porém a sua pessoa, não sofre restrição; pode exercer sua profissão (desde que não seja a de comerciante ou empresário), ser testemunha, de acordo com o art. 485 do CC. Compete, portanto ao curador assisti-lo nos atos e negócios relativos a seus bens.

ISSNe 2595-1602

2.2 Estatuto da Pessoa com Deficiência

O estudo do Estatuto da Pessoa com Deficiência torna-se essencial às práticas sociais, políticas e jurídicas no que tange à aplicação normativa com respaldo nas normas internacionais sobre os direitos humanos fundamentais.

Vale ressaltar que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (13.146/2015) traz o instituto inovador da tomada de decisão apoiada, que é uma medida de proteção para que a pessoa com deficiência tenha o apoio de pelo menos duas pessoas idôneas e com quem tenha vínculos e confiança para decidir sobre determinados atos da vida civil.

A pessoa com deficiência pede ao juiz em petição escrita, por meio de advogado ou defensor público, que lhe nomeie dois apoiadores, indicados expressamente. Essas pessoas prestarão o apoio para decisões e práticas de atos da vida civil da pessoa com deficiência (exemplo de casamento, maternidade/paternidade, transações comerciais, entre outros). Tanto as duas pessoas idôneas para servirem de apoio quanto os atos deverão estar devidamente delimitados no pedido inicial (CNMP, 2016).

As pessoas indicadas como apoiadoras devem ter vínculos e gozar da confiança da pessoa com deficiência, além de esclarecer as dúvidas e fornecer todas as informações necessárias de maneira que a pessoa com deficiência possa ter respeitada sua vontade e, sobretudo, seus interesses e/ ou direitos.

Diniz (2018) classifica o instituto em três espécies: “Curatela dos adultos incapazes”; “Curatela destacadas do regime legal do instituto desde as suas particularidades”; e, “Curadorias especiais”.

O art. 1.767 do Código Civil Brasileiro; foi atualizado pela Lei n° 13.146, a qual instituiu a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e prevê as seguintes hipóteses de interdição:

> 1. Os curatelados dos que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir a sua vontade;
> 2. Dos toxicômanos;
> 3. Dos ébrios habituais; e
> 4. Dos pródigos.

Os curatelados que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir a sua vontade. Incluem-se também nos arts. 4°, III e 1.767, aqueles que por serem portadores de enfermidade mental ou sofrem em processo patológico da mente, são incapazes de exprimir sua vontade e dirigir seus bens.

O art. 84, §1° e 3°, do Estatuto da pessoa com Deficiência prescreve que, quando for necessário, a pessoa com deficiência deverá ser submetida à curatela, atendendo às necessidades e circunstancias de cada caso, durando o menor tempo possível.

ISSNe 2595-1602

O Ministério Público (CPC, art. 748) tem legitimidade ativa para promover interdição nos casos de doença mental grave. Sobre isso, houve uma mudança bastante significativa no Código Civil 2002, em relação ao absolutamente e relativamente incapaz.

2.3 O processo de curatela

A curatela é, salvo casos excepcionais, sempre deferida pelo juiz em processo de interdição que visa a apurar os fatos que justificam a nomeação do curador.

Nos termos do CPC essa interdição é um procedimento especial de jurisdição voluntaria que visa o reconhecimento da curatela dos interditos, que justifique nomeação de curador ao interditando. Tal interdição que é medida protetiva de incapaz, de caráter excepcional, para evitar dano ao seu patrimônio deverá ser promovida pelo: companheiro ou cônjuge, independentemente do regime de bens, desde que não seja separado extrajudicial ou judicialmente ou de fato (CPC, art. 747, I a IV). Pelos parentes (CPC, art.747, II), pelo Ministério Público.

O art. 749 do CPC trata da petição inicial, na qual o interessado provará sua legitimidade, especificando fatos que revelam a incapacidade do interditando para reger sua pessoa e seus bens.

Essa petição é acompanhada de laudo médico (art. 750 do CPC) e deverá especificar não só o fato gerador da incapacidade do interditando para administrar bens e praticar atos da vida, como também o momento em que se deu tal incapacidade (CPC, art.749, caput).

Conforme disposto no art.751 do Código de Processo Civil, o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz que o examinará, interrogando sobre sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos, enfim, sobre o que for preciso para julgar seu desenvolvimento mental e para formar seu convencimento quando a sua incapacidade, (maior ou menor) para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. Se o interditando não puder deslocar-se, o magistrado deverá ouvi-lo no local onde estiver.

A entrevista poderá ser acompanhada por especialista, assegurando-se emprego de recurso tecnológicos capazes de auxiliar o interditando a expressar a sua vontade e preferência e a responder às questões formuladas. E a critério do juiz, poderá requisitar a oitiva de parentes e de pessoas próximas (CPC, art. 751, §2° a 4°).

O magistrado nomeará perito para examina-lo mediante avaliação da sua incapacidade para praticar atos da vida civil. Esse laudo indicará os atos para os quais haverá necessidade de cautela (CPC, art,753), apresentado o aludo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados o juiz proferirá sentença (CPC, art,754).

ISSNe 2595-1602

A curatela deverá ser atribuída à pessoa que melhor atender aos interesses do curatelado. Conforme afirmam Lago Júnior e Barbosa (2016), a indicação dos apoiadores será homologada judicialmente. O pedido, a ser formulado em conjunto pela pessoa com deficiência e apoiadores indicados, deve ser acompanhado de termo em que constem os limites do apoio a ser ofertado, prazo de vigência e compromisso dos apoiadores em respeitar a vontade, direitos e interesses da pessoa apoiada, por todos eles subscrito. Trata-se de instituto que se aproxima da assistência, mas que com ela não se confunde, na medida em que o sujeito não é considerado incapaz.

Com o advento da Lei 13.146/2015, a teoria das incapacidades do Código Civil foi alterada. Agora é, a deficiência mental, emocional ou sensorial não acarreta, a incapacidade ampla e completa para prática de atos da vida civil.

Com efeitos, a partir de uma abordagem amparada pelo princípio da dignidade humana e das complexidades que cada pessoa, individualmente, traz consigo.

O Estado deve identificar, e analisar caso a caso, o nível de limitação da capacidade do curatelado em processo de interdição, nesse entendimento, é imprescindível a perícia médica.

Tendo em vista o vigor da Lei n° 12.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe algumas modificações; o juiz só designará audiência de instrução e julgamento se houver necessidade de produção de provas. Nesse caso, a dispensa da realização do ato pelo magistrado será inadmissível, sendo assim o curatelado tem direito a provar que pode gerir a sua vida e administrar os seus bens, com a oitiva da testemunha. Tem também o direito de indicar assistente técnico para acompanhar a perícia e até de relatar crítica ao laudo do experto judicial.

No entanto o curador que demonstrar falta de com a curatela, administrando compromisso.

Desastrosamente o patrimônio do curatelado, descuidando de sua pessoa, ou o desrespeitando, pode ser removido do encargo. Tem sido admitida também, em atenção ao melhor interesse do incapaz, a curatela compartilhada (CC, art. 1.775-A).

O curador não pode reter renda do curatelado, por conta própria, à título de remuneração. Embora o curador tenha direito à remuneração pelos serviços prestados, não deve ser feita por sua própria conta, com o valor e modo de decidir. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a remuneração do administrador deve ser fixado em juízo e não pode ser decidida por quem gerencia os bens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo nos propomos a estudar sobre o processo de curatela, as suas mudanças e inovações na Lei, além de contribuir para possíveis esclarecimentos da pessoa com deficiência.

A sentença do juiz põe, portanto, os bens do interditado sob a direção do curador, pessoa idônea que velará por ele, exercendo seu encargo, pessoalmente. A

ISSNe 2595-1602

sentença pode fixar os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito, considerando suas características pessoais, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, para concluir por incapacidade maior ou menor, para a prática de certo atos, deferindo, no primeiro caso, a curatela plena, e, no segundo, a limitada (CPC, art. 755, I e II).

É imprescindível graduar a incapacidade, fixando sua extensão, averiguando a aptidão do curatelado para a prática de atos patrimoniais e extrapatrimoniais, para que haja uma real proteção do patrimônio do curatelado por parte do curador. O curador deve prestar compromisso, e a partir de então assume a administração dos bens do interditado (CPC, art. 759, §2°).

De acordo com o art. 758 do CPC, o curador deve buscar tratamento, respeitando a dignidade e apoio apropriados ao interdito, para que este reconquiste sua autonomia.

A interdição será levantada, total ou parcialmente, desde que se prove a cessação da causa que lhe deu origem, mediante pedido feito pelo interditado, curador ou Ministério Público em audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 756, § 2°).Este será anexado aos atos da interdição, após apresentação de laudo pericial (CPC, art. 756, § 1° a 4°).

É nesse sentido que o processo da curatela tem sofrido diversas alterações ao longo dos anos, porém, é perceptível que preserva seu objetivo mais pleno: a tutela dos bens, ou seja, direitos patrimoniais do curatelado. Antes da nova legislação, tinha-se que a vontade do curatelado era substituída pela vontade do curador, restringindo-se direitos e a própria atuação do curatelado como própria pessoa, o que não se admite no atual sistema jurídico.

Dessa forma pode-se constatar que nessa nova legislação, o princípio da dignidade humana se torna essencial para garantir a emancipação e autonomia da pessoa deficiente.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

BRASIL. Estatuto da pessoa com deficiência :

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui...> Acesso em: 13 outubro de 2018.

_____**. Lei Nº. 10.406,** de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal **de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. AI nº 2013.072555-9, Relator: Henry Petry Junior, 5ª Câmara Cível, J. 11/06/2014).Disponível:

< https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Art.+12+do+Estatuto+do+Idoso>.

Acesso em: 16 novembro de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro** TJ-RJ - APELACAO APL 00100528820128190209 RJ 0010052-88.2012.8.19.0209 (TJ-RJ). Publicado em: 04/04/2014). (TJ –RJ 2014). Disponível: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=principio+da+solidariedade+familiar. > Acesso em: 17 de novembro de 2018, às 4h15min.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 6. Ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.44

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família.** 2 ed. Atual. Rev. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 389

CHIARA, I. D. et al. **Normas de documentação aplicadas à área de Saúde.** Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2008, p.134

ISSNe 2595-1602

O DEVER DE PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA EX-CÔNJUGE

Ana Lívia Queiroz Almeida Lima [1]
Flávia Iara de Oliveira Freire [2]
Kerlândia Mayre Dantas Rêgo [3]

RESUMO

O presente artigo tem por fim analisar a prestação de alimentos entre ex-cônjuges a luz do princípio da solidariedade. Para isso fez necessário estudar sobre os alimentos e o princípio da solidariedade e identificar os dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro que assegura o direito aos cônjuges após a dissolução do vínculo conjugal os alimentos necessários ao seu sustento. Considerando, ainda, o posicionamento da jurisprudência pátria quanto ao binômio necessidade/possibilidade relacionado com a prestação de alimentos, acrescentando das condições ou em relação do alimentante. Dessa forma, é possível concluir que o dever de pensão alimentícia para ex-cônjuge tem que atender aos pressupostos basilares e zelando aos princípios constitucionais tais como, solidariedade familiar, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros.

Palavras-chaves: alimentos; ex-cônjuges; solidariedade.

ISSNe 2595-1602

[1] Aluna do 7º período, curso Direito, pela Universidade Regional da Bahia UNIRB. E-mail: postolagoazul@hotmail.com
[2] Aluna do 7º período, curso Direito, pela Universidade Regional da Bahia UNIRB. E-mail: flaviafreire14@hotmail.com
[3]Aluna do 7º período, curso Direito, pela Universidade Regional da Bahia UNIRB. E-mail: kerlandia@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Alimentos é um assunto muito extenso e assume uma função essencial nas relações familiares, de parentesco, com o objetivo de assegurar a outrem que não tem condições de autossustentar, as necessidades fundamentais para que este possa sobreviver até que consiga sustenta-se sozinho. Entre as obrigações alimentares prevista no código civil em seu artigo 1.694, podemos citar os cônjuges, e questionar o dever de pensão alimentícia para ex-cônjuge que não tenha condições suficientes de garantir uma vida digna.

Com essa possibilidade do ex-cônjuge responsabiliza-se com as despesas dos alimentos do outro, o presente artigo tem por fim analisar a prestação de alimentos entre ex-cônjuge a luz do princípio da solidariedade. Para isso fez necessário estudar sobre os Alimentos e o Princípio da Solidariedade e identificar os dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro que assegurem o direito aos cônjuges após a dissolução do vinculo conjugal os alimentos necessários ao seu sustento, verifica-se, que para a definição sempre será observado o binômio necessidade/possibilidade.

A solidariedade social é reconhecida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 3º, I, da Constituição Federal 1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo nas relações familiares. Este princípio pressupõe respeito e consideração recíproca dos membros da família, assim, sob o ponto de vista da Carta Maior, o direito a alimentos baseia-se no princípio da solidariedade familiar.

A fim de responder a indagação central deste trabalho, qual seja, “o dever de pensão alimentícia para ex-cônjuge”, faz-se mister, através de pesquisa exploratória, bibliográfica e documental disponível em meios físicos e em rede de computadores, a análise e compreensão deste direito/dever contida no Código Civil, tendo por guarida, a literatura jurisdicional pátria alicerçada em autores como Maria Berenice Dias (2017), Carlos Roberto Gonçalves (2018), Yussef Said Cahali (1999), entre outros.

ISSNe 2595-1602

Dos Alimentos

Os alimentos estão previstos nos artigos 1.694 e seguintes do Código Civil dispondo quem tem direito a receber alimentos e como deve ser o procedimento para o respectivo recebimento. Resulta dessa disposição legal, que os parentes, os cônjuges ou companheiros possam pedir uns aos outros alimentos na proporção das necessidades e indispensáveis à subsistência. A obrigação alimentar tem um fim principal, garantir o básico de uma pessoa que não pode prover em decorrência da faixa etária, motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho (SCHONS; THOMAS, 2016).

Por alimentos, segundo o Código Civil entende-se tudo que é indispensável ao sustento, cura, vestuário e casa, além de educação. O significado de alimentos vai,

portanto, muito além do sentido que normamente lhe é atribuído na linguagem trivial. Corroborando Venosa (2010) evidencia "o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência". Desse modo, vê-se a importância do tema, visto que se apresenta como elemento assegurador da dignidade da pessoa humana. O conceito de alimento não fica evidenciado no Código Civil, neste caso, vale transcrever a definição de Yussef Said Cahali, (1999, p.16):

> "alimentos são, pois, as prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)".

Ainda sobre a tentativa de conceituar alimentos, podemos destacar o que diz Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 497):

> "o vocábulo "alimentos" tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada".

A obrigação de prestar alimentos para Maria Berenice Dias (2017, p. 583) é primordialmente do Estado, e diz que "é o Estado o primeiro obrigado a prestar alimentos aos seus cidadãos e aos entes da família. Mas infelizmente o Estado não tem condições de sustentar a todos, por isso transforma a solidariedade familiar em dever alimentar", perceber-se que para aliviar-se da responsabilidade ou na inviabilidade de cumpri-lo, o Estado transfere, por determinação legal, aos parentes, cônjuges ou companheiros do carente, a obrigação familiar, o que, sem dúvida, expressa o princípio da solidariedade social e familiar.

ISSNe 2595-1602

Do Princípio da Solidariedade familiar

O princípio da Solidariedade familiar, após a Constituição Federal 1988, passou a conduzir as relações familiares. Proveniente do Princípio da Solidariedade Social foi previsto no artigo 3º, inciso I, CF/88, que cabe ao poder público, através de políticas públicas, garantir as famílias o atendimento as necessidades familiares. Porém, sabe-se que o estado não tem condições de prover todo o sustento como também não tem condições de sustentar todos.

Assim sendo, pode-se dizer que a solidariedade deve reger as relações de família, tendo todos os membros que a compõe responsabilidade de ajudar e ser ajudado. Esse princípio expressa o que a Constituição Federal prevê em relação à solidariedade, deve-se dar no auxílio mútuo, material e moral, dando a devida assistência, amparando e protegendo.

Com o princípio da solidariedade baseado em respeito e afeto mútuo, vínculo esse criado pelos laços familiares, pode-se dizer que ele norteia a prestação de alimentos aqueles que em algum momento fizeram e/ou fazem parte da estrutura familiar (SCHONS; THOMAS, 2016).

Maria Berenice Dias (2017, p. 583) considera que a solidariedade é essencial do dever de alimentos:

> "O fundamento do dever de alimentos se encontra no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas (eudemonista), entre outras. Ainda que cada uma das espécies de obrigação tenha origem diversa e característica próprias, todas são tratadas pelo Código Civil da mesma maneira".

O dever do instituto alimento tem um fim principal que é resolver a precisão de um indivíduo que não como prover por si só. Então, para atender o princípio da solidariedade familiar, os ex-cônjuges cumprem esse obrigação. Mais uma vez Maria Berenice Dias (2017, 0. 584) lembra:

> "A natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. O dever dos pais de sustentar os filhos deriva do poder familiar. A Constituição Federal reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e aducar os filhos menores (CF 229). A Constituição também afirma que os maiores devem auxiliar a amparar os pais na velhice, carência e enfermidade. É obrigação alimentar que repousa na solidariedade familiar entre os parentes em linha reta, e que se estende infinitamente(...)O encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no dever de mútua assistência, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompido o vínculo afetivo."

ISSNe 2595-1602

Desse modo, podemos perceber que mesmo após dissolução do casamento, havendo a necessidade e possibilidade de prestar alimentos, aos ex-cônjuges será um dever de fazer.

Dos Alimentos para Ex-Cônjuges

Conforme exposto acima, ao perceber a solidariedade no âmbito familiar, inclusive entre os cônjuges, cabe considerar o reconhecimento e entendimento dos Tribunais em relação à prestação de alimentos para ex-cônjuges. Segundo os Tribunais, o direito/dever de prestar alimentos deve ser ponderando no binômio necessidade/possibilidade, ou seja, se dá em situações específicas e em caráter temporário.

> **EMENTA:** AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALIMENTOS. EX-CONJUGE. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DEPENDENCIA ECONÔMICA COMPROVADA. APLICAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. Os alimentos prestados a ex-esposa tem análise deflagrada pela necessidade da parte alimentada que, no caso em comento, embora jovem e sempre tendo exercido atividade laborativa, está passando por um quadro de saúde delicado. Aplicação do binômio necessidade e possibilidade. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70067720979, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 16/12/2015).(TJ-RS - AGV: 70067720979 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 16/12/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2015)

Percebe-se que os Tribunais se fundamentam na solidariedade familiar para pagamento de alimentos, atentando para a necessidade da ex-cônjuge por não por exercer nenhuma atividade laborativa que lhe possa dá sustento.

Acrescenta o art. 1.694, §1°, que “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. Daí Carlos Roberto Gonçalves(2018, p. 550) menciona Yussef Cahali sobre algumas situações:

> a) O companheiro pode pedir ao outro os alimentos de que necessite “para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”;
> b) Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada;
> c) Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a necessidade do companheiro reclamante resultar de culpa sua;
> d) Somente serão devidos alimentos ao companheiro quando este não tem bens suficientes, nem pode fornecê-los sem desfalque do necessário ao seu sustento;
> e) O direito de alimentos entre companheiros é recíproco, podendo o credor não o exercer, sendo-lhe vedado, contudo, renunciá-lo;
> f) Falecendo o companheiro obrigado a prestar alimentos, essa obrigação transmite-se aos seus herdeiros, na forma do art. 1.694;
> g) Com o casamento, união estável ou concubinato do companheiro, cessa o dever de prestar alimentos, do mesmo modo que cessa esse direito se aquele tiver com relação ao devedor um procedimento indigno.

Sendo assim, no caso da necessidade o ex-cônjuge não podendo se autossustentar, sendo esta situação comprovada, será analisado as circunstâncias, como também o período que necessitará e o que levou ficar desamparado, concomitantemente, tem que ser observada a possibilidade da parte alimentante, para não ocorrer de pagar valores no qual o indivíduo venha passar necessidade pelo fato de ter uma obrigação de custear um ex-cônjuge, porém aquele que vive financeiramente bem deve ser solidário ao que pode menos em seu sustento até sua subsistência própria.

ISSNe 2595-1602

Vale lembrar que os alimentos eram prestados de forma definitiva, no entanto com a evolução dos julgados, observa-se que o limite temporal vem sendo bastante aplicado nas decisões das libes. Para fundamentar, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 551): "A jurisprudência, no entanto evolui na questão da fixação de alimentos transitórios, que passaram a ser devidos, em regra, por prazo certo, a ex-cônjuge".

Segue entendimento jurisprudencial, onde garante ao ex-cônjuge o dever de pagar a pensão alimentícia por tempo determinado.

> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR EX-CÔNJUGE. OBRIGAÇÃO FUNDADA NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E NO DEVER DE ASSISTÊNCIA MÚTUA. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. ESTUDANTE DE ODONTOLOGIA. CURSO EM PERÍODO INTEGRAL. INCAPACIDADE DE INSERIR-SE NO MERCADO DE TRABALHO. CARÁTER TEMPORÁRIO DO PENSIONAMENTO. 1. Os alimentos são devidos a quem deles necessitar, segundo as possibilidades do alimentante, desde que haja relação de parentesco entre as partes envolvidas. Entre ex-cônjuges, o dever de prestar alimentos está previsto no art. 1.694 do Código Civil. Trata-se de medida excepcional e temporária, para que o ex-cônjuge se organize financeiramente e se insira no mercado de trabalho. 2. Em ação de alimentos, devem ser observadas as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, nos termos do art. 1.694 do CC. 3. Sendo a alimentanda estudante de Odontologia que nunca exerceu trabalho remunerado, razoável é a manutenção da pensão alimentícia até a sua formatura e inserção no mercado de trabalho. 4. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime.
>
> (TJ-DF 20150710113392 - Segredo de Justiça 0011138-49.2015.8.07.0007, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 20/07/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/07/2016 . Pág.: 130/139)

ISSNe 2595-1602

Desse modo, garantiu o Tribunal que a ex-esposa, até finalizar o curso e conseguir ingressar no mercado de trabalho, fará jus a recebimento de pensão alimentícia.

Neste mesmo raciocínio segue o provimento da Apelação onde buscava-se o tempo determinado para pagamento dos alimentos.

> **Ementa:** ALIMENTOS. EX-CÔNJUGE. LAPSO TEMPORAL LIMITADO. 1. Os alimentos prestados a ex-cônjuge devem ter caráter temporário se a parte ainda detém condições de ingressar no mercado de trabalho e prover sua própria subsistência. 2. Deu-se provimento ao apelo. **Encontrado em:** DAR PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. 4ª TURMA CÍVEL Publicado no DJE : 06/04/2018 . Pág.: 354/359 - 6/4/2018 20161310042760 Segredo de Justiça 0004149-60.2016.8.07.0017 (TJ-DF) SÉRGIO ROCHA

Ainda podemos destacar, sobre a temporalidade e a excepcionalidade, o entendimento dos Tribunais quanto à busca por mudanças na vida e sair da dependência do ex-cônjuge, segue decisão que proferiu ao ex-marido o limite de

tempo de mais 03 anos para a ex-mulher ingressar no mercado de trabalho para prover sua sustento, visto que o mesmo pagou por 15 anos ininterruptos e a mesma nada mudou.

> **EMENTA:** EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. EX-CÔNJUGE. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR FIXADA POR OCASIÃO DO DIVÓRCIO. REDUÇÃO DO ENCARGO. PRAZO RAZOÁVEL PARA REINSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. CONCESSÃO. 1. Entre ex-cônjuges, o dever de prestar alimentos está previsto no art. 1.694, do CC/2002, fundado no princípio constitucional da solidariedade e no dever de assistência mútua, devendo ser fixados com amparo no binômio necessidade-possibilidade. Todavia, é medida excepcional, com nítido caráter temporário, ou seja, por período razoável para que o ex-cônjuge se organize e atinja sua independência. Por isso, o princípio constitucional da solidariedade que fundamenta o dever de prestação de alimentos entre os cônjuges deve ser mitigado, a fim de reduzir ou mesmo extinguir a obrigação alimentar. 2. Considerando o binômio necessidade/possibilidade, há de se ponderar que a alimentante, apesar de mais de quinze (15) anos de pensionamento, não buscou se inserir no mercado de trabalho, conquanto não tenha demonstrado que se encontra doente ou mesmo incapacitada para o exercício de atividades remuneradas. Por isso, o princípio constitucional da solidariedade que fundamenta o dever de prestação de alimentos entre os cônjuges deve ser mitigado, a fim de exonerar o alimentante do dever de alimentos, concedendo-se à alimentada, todavia, o prazo adicional de três (03) anos, para que tome as providências necessárias para buscar uma nova colocação no mercado de trabalho ou promover a adequação da sua vida financeira à sua nova realidade fática. 3. Apelo parcialmente provido.
>
> Encontrado em: DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME 4ª TURMA CÍVEL Publicado no DJE : 24/09/2018 . Pág.: 358/377 - 24/9/2018 20140910093679 Segredo de Justiça 0009196-10.2014.8.07.0009 (TJ-DF) ARNOLDO CAMANHO
>
> TJ-DF - 20160110705772 Segredo de Justiça

ISSNe 2595-1602

Outra vertente que os julgados vêm adotando é a proporcionalidade do valor, atentando para que seja fixado de maneira justa e equacionada, proporcional aos recursos financeiros que é pleiteado o que será concedido ao que necessita. Ou seja, os alimentos devem ser suficientes para assegurar o recomeço, a inserção ao mercado do trabalho, comprovada necessidade e na sua proporcionalidade, ajustando assim o trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade. Neste sentido, é possível expor entendimento jurisprudencial:

> **EMENTA:** Direito civil. Família. Revisional de alimentos. Reconvenção com pedido de exoneração ou, sucessivamente, de redução do encargo. Dever de mútua assistência. Divórcio. Cessação. Caráter assistencial dos alimentos. Comprovação da necessidade de quem os pleiteia. Condição social. Análise ampla do julgador. Peculiaridades do processo. - Sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges, reveste-se de caráter assistencial, não apresentando características indenizatórias, tampouco fundando-se em qualquer traço de dependência econômica havida na constância do casamento. - O dever de mútua assistência que perdura ao longo da união, protrai-se no tempo, mesmo após o término da sociedade conjugal,

assentado o dever de alimentar dos então separados, ainda unidos pelo vínculo matrimonial, nos elementos dispostos nos arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, sintetizados no amplamente difundido binômio necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada. - Ultrapassada essa etapa quando dissolvido o casamento válido pelo divórcio, tem-se a consequente extinção do dever de mútua assistência, não remanescendo qualquer vínculo entre os divorciados, tanto que desimpedidos de contrair novas núpcias. Dá-se, portanto, incontornável ruptura a quaisquer deveres e obrigações inerentes ao matrimônio cujo divórcio impôs definitivo termo. - Por força dos usualmente reconhecidos efeitos patrimoniais do matrimônio e também com vistas a não tolerar a perpetuação de injustas situações que reclamem solução no sentido de perenizar a assistência, optou-se por traçar limites para que a obrigação de prestar alimentos não seja utilizada ad aeternum em hipóteses que não demandem efetiva necessidade de quem os pleiteia. - Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do CC/02, o que implica na decomposição do conceito de necessidade, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os requisitos caracterizadores: a ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que preseguintes tende alimentos;(i) e (ii) a incapacidade do pretenso alimentando de prover, pelo seu trabalho, à própria mantença. - Partindo-se para uma análise socioeconômica, cumpre circunscrever o debate relativo à necessidade a apenas um de seus aspectos: a existência de capacidade para o trabalho e a sua efetividade na mantença daquele que reclama alimentos, porquanto a primeira possibilidade legal que afasta a necessidade □ existência de patrimônio suficiente à manutenção do ex-cônjuge, agrega alto grau de objetividade, sofrendo poucas variações conjunturais, as quais mesmo quando ocorrem, são facilmente identificadas e sopesadas. - O principal subproduto da tão propalada igualdade de gêneros estatuída na Constituição Federal, foi a materialização legal da reciprocidade no direito a alimentos, condição reafirmada pelo atual Código Civil, o que significa situar a existência de novos paradigmas nas relações intrafamiliares, com os mais inusitados arranjos entre os entes que formam a família do século XXI, que coexistem, é claro, com as tradicionais figuras do pai/marido provedor e da mãe/mulher de afazeres domésticos. - O fosso fático entre a lei e a realidade social impõe ao julgador detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou intelecção do processo, para a imprescindível definição quanto à capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos. - Seguindo os parâmetros probatórios estabelecidos no acórdão recorrido, não paira qualquer dúvida acerca da capacidade da alimentada de prover, nos exatos termos do art. 1.695 do CC/02, sua própria mantença, pelo seu trabalho e rendimentos auferidos do patrimônio de que é detentora. - No que toca à genérica disposição legal contida no art. 1.694, caput, do CC/02, referente à compatibilidade dos alimentos prestados com a condição social do alimentado, é de todo inconcebível que ex-cônjuge, que pleiteie alimentos, exija-os com base no simplista cálculo aritmético que importe no rateio proporcional da renda integral da desfeita família; isto porque a condição social deve ser analisada à luz de padrões mais amplos, emergindo, mediante inevitável correlação com a divisão social em classes, critério que, conquanto impreciso, ao menos aponte norte ao julgador que deverá, a partir desses valores e das particularidades de cada processo, reconhecer ou não a necessidade dos alimentos pleiteados e, se for o caso, arbitrá-los. - Por restar fixado pelo Tribunal Estadual, de forma

ISSNe 2595-1602

> induvidosa, que a alimentanda não apenas apresenta plenas condições de inserção no mercado de trabalho como também efetivamente exerce atividade laboral, e mais, caracterizada essa atividade como potencialmente apta a mantê-la com o mesmo status social que anteriormente gozava, ou ainda alavancá-la a patamares superiores, deve ser julgado procedente o pedido de exoneração deduzido pelo alimentante em sede de reconvenção e, por consequência, improcedente o pedido de revisão de alimentos formulado pela então alimentada. Recurso especial conhecido e provido.(STJ - REsp: 933355 SP 2007/0055175-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/03/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 11.04.2008 p. 1).

O pensamento dos julgadores é que o prazo certo, por tempo determinado é garantir o sustento do alimentando até sua recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe proporcione viver uma vida compatível com a que vivia enquanto vínculo conjugal. No entanto, não podemos esquecer que o dever de prestar alimentos é permanente em caso que o outro cônjuge esteja impossibilitado de exercer qualquer atividade laboral que possa garantir o seu sustento. No caso em tela, foi provido o recurso quanto à extinção de pagamento, visto que a alimentada tinha condições de prover seu sustento.

> **EMENTA:** RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PENSIONAMENTO ENTRE EX-CÔNJUGES - EXCEPCIONALIDADE - CARÁTER TEMPORÁRIO - CAPACIDADE LABORATIVA E INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO DA EX-CONSORTE - EXONERAÇÃO - POSSIBILIDADE - PROVIMENTO DO APELO EXTREMO. Hipótese: Trata-se de ação de exoneração de alimentos julgada parcialmente procedente pelas instâncias ordinárias para exonerar o autor de prestar alimentos aos filhos, mantendo o dever em relação à ex-esposa. 1. Esta Corte firmou a orientação no sentido de que a pensão entre ex-cônjuges não está limitada somente à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, como a capacidade do alimentando para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de exoneração. Precedentes. 2. A pensão entre ex-cônjuges deve ser fixada, em regra, com termo certo, assegurando ao beneficiário tempo hábil para que seja inserido no mercado de trabalho, possibilitando-lhe a manutenção pelos próprios meios. A perpetuidade do pensionamento só se justifica em excepcionais situações, como a incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho, que evidentemente não é o caso dos autos. Precedentes. 3. A ausência de alteração nas condições financeiras dos envolvidos, por si só, não afasta a possibilidade de desoneração dos alimentos prestados à ex-cônjuge. Precedentes. 4. No caso em apreço, não se evidencia hipótese a justificar a perenidade da prestação alimentícia e excetuar a regra da temporalidade do pensionamento devido aos ex-cônjuges, merecendo procedência o recurso, em razão do lapso de tempo decorrido desde o início da prestação alimentar até o pedido de exoneração. 5. Recurso especial conhecido e provido.(STJ - REsp: 1370778 MG 2013/0053120-0, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 10/03/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2016).

ISSNe 2595-1602

Diante do que foi apresentado acima, em um processo judicial em que se busca a condenação da parte contrária a prestação de alimentos, é necessário demonstrar como prova, o status de vida que o casal possuía, tendo em vista que esses alimentos serão fixados de acordo com essa característica. O tempo de duração desse encargo alimentício varia de acordo com as características de cada caso, levando em conta o tempo de duração da relação, a idade dos ex-cônjuges, entre outros fatores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo nos propomos a estudar sobre a prestação de alimentos entre ex-cônjuges a luz do princípio da solidariedade e identificar os dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro que assegura o direito aos cônjuges após a dissolução do vínculo conjugal os alimentos necessários ao seu sustento. Visto que alimentos vai além do seu vocábulo, é de notória importância a solidariedade dos ex-cônjuges para assegurar a manutenção de estabilidade e sobrevivência daquele que não tem, por hora, meio para subexistir.

Percebe-se assim que, os Tribunais Superiores e a doutrina, consideram que para a existência do dever alimentar solidário, tem que ser devidamente comprovada sua necessidade para o sustento essencial, porém por período certo e determinado, podendo ser vitalícia, outra tese defendida pelos Magistrados, em virtude de situações onde o cônjuge apresentar doença, idade avançada, não podendo assim sua reintegração ao mercado de trabalho. Dessa forma, o dever de pensão alimentícia para ex-cônjuge tem que atender aos pressupostos basilares e zelando aos princípios constitucionais tais como, solidariedade familiar, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 dez 2018.

_____**. Lei Nº. 10.406,** de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 dez. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS.** AI nº 70067720979, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, 7ª Câmara Cível, J. 16/12/15. Disponível em: https://tj-

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/270045478/agravo-agv-70067720979-rs. Acesso em 03 dez 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal – TJ/DF.** Apelação nº 20150710113392, Relator: Fátima Rafael, 3ª Câmara Cível, J. 26/07/2017. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366617252/20150710113392-segredo-de-justica-0011138-4920158070007. Acesso em 06 dez 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Distrito federal – TJ/DF.** Apelação. Processo nº 0004149-60.2016.8.07.0017, Relator: Sergio Rocha, 4ª Turma Cível, J. 06/04/18. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563917947/20161310042760-segredo-de-justica-0004149-6020168070017. Acesso em 06 dez 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal – TJ/DF.** Apelação nº 20150710113392, Relator: Arnoldo Camanho, 4ª Câmara Cível, J. 24/09/2011. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/630489150/20140910093679-segredo-de-justica-0009196-1020148070009. Acesso em 06 dez 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp: 933355 SP 2007/0055175-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma. J. 25/03/2008. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604628/recurso-especial-resp-933355-sp-2007-0055175-0. Acesso em 03 dez 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.**REsp: 1370778 MG 2013/0053120-0, Relator: Ministro MARCO BUZZI, 4ª Turma. J. 10/03/2016. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339857606/recurso-especial-resp-1370778-mg-2013-0053120-0. Acesso em 03 dez 2018.

CAHALI, Said Yussef. **Dos alimentos.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** Vol. 6, 15ª Ed. Saraiva, 2018.

ISSNe 2595-1602

SCHONS, THOMAS. Sabrina, Renzo. **A problemática na fixação dos alimentos devidos entre ex-cônjuges: Alimentos naturais ou côngruos.** Revista Repesando Direito. Ano 6 – Ed. 12 – jul/dez 2016.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ISSNe 2595-1602

UMA ANÁLISE DA RESOLUÇÃO E DA RESILIÇÃO UNILATERAL CONTRATUAL NA LEI Nº 13.786/2018.

Direito Civil – Contratos

Bárbara Medeiros Cardoso[1]

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar, com base na história recente, como chegamos à necessidade de se criar uma nova Lei de Distrato para tratar das resoluções e resilições contratuais, quando se dão exclusivamente por culpa do adquirente, bem como a forma que elas ocorrerão em incorporações imobiliárias e parcelamento de solo urbano, a partir da redação da Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Refletiremos, portanto, sobre seus impactos e aspectos relevantes para construção e transformação das relações entre investidores e consumidores.

Palavras-chave

Direito Civil. Contratos. Resolução. Resilição Unilateral. Legislação Nacional.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduada em Direito – Ibmec, Rio de Janeiro – RJ; Pós Graduanda em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes; Advogada; E-mail: barbara.medeirosscardoso@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A crise financeira global de 2008, conhecida como crise do subprime, teria maiores proporções se não fossem as medidas econômicas anticíclicas de incentivo ao consumo tomadas pelo governo brasileiro na época.

Dentre essas medidas, houve um forte investimento na área de habitação. O projeto mais popular foi o Programa Minha Casa Minha Vida, que concedia crédito imobiliário, incentivando e ampliando o acesso à moradia, aumentando, consideravelmente, o número de construções no país.

O fácil acesso ao crédito e o grande número de investimentos na área acabaram por gerar uma forte especulação imobiliária, formada pela elevada aquisição de imóveis em uma falsa demanda, pois muitas pessoas compravam, esperavam a valorização e vendiam, e muitas outras compravam sem ter reais condições de pagar.

Assim, em 2014, o governo optou por desacelerar a concessão de crédito e grande parte das pessoas que contavam com o financiamento tiveram o acesso a este negado. Sem ter como arcar com os custos, muitos compradores ficaram na inadimplência. Ao mesmo tempo, os especuladores que contavam com o mercado aquecido para a revenda de seus imóveis, optaram pela devolução destes.

Nesse período, a devolução de imóveis, seja ela por inadimplência ou por vontade unilateral de uma das partes, fez com que aumentassem, absurdamente, as ações judiciais, discutindo os direitos desses consumidores.

Deste modo, diante da ausência de um texto legal que regulasse tal situação, a jurisprudência passou a delinear direitos com base em princípios e cláusulas abertas. Por esse motivo, passamos a ter decisões muito diferentes para situações semelhantes.

Muitos casos chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que sedimentou, jurisprudencialmente, que o percentual máximo a ser retido corresponderia a 25% (vinte e cinco por cento) do valor pago pelo imóvel.

Mais tarde, com o objetivo de regulamentar as questões envolvendo a extinção dos contratos de compra e venda de imóveis, garantir segurança aos consumidores e às empresas, e a fim de evitar que inúmeras ações continuassem sendo encaminhadas ao judiciário, foi aprovada, em 27 de dezembro de 2018, a Lei nº 13.786, chamada Nova Lei dos Distratos.

Pensando nisso, este artigo propõe o estudo de como ocorrerá a devolução dos valores pagos pelos consumidores a partir da nova lei, ou seja, quais os descontos permitidos, qual o prazo para a devolução e qual a forma de devolução.

Assim, esta análise baseou-se, inicialmente, em um estudo dos conceitos e características da Resolução e Resilição Unilateral, bem como de Incorporações Imobiliárias e Loteamentos. Após esse esclarecimento, partimos para

ISSNe 2595-1602

uma análise dos percentuais e aspectos importantes a serem explanados na nova Lei de Distratos. Por fim, há uma revisão de como deverão ser feitas essas devoluções, com base no estabelecido em lei.

2 OBJETO DO ESTUDO

O objeto de estudo deste artigo são as resoluções e resilições unilaterais, que se dão exclusivamente por culpa do adquirente, nas promessas de compra e venda de imóveis, principalmente no que tange aos percentuais retidos e prazo de devolução desses valores, com base na Nova Lei dos Distratos.

3 REFERENCIAL METODOLÓGICO E FONTES

O estudo adotou como metodologia a pesquisa bibliográfica, que nas palavras de Marina de Andrade Marcone e Eva Maria Lakatos, tem por finalidade colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto.

Nesse intuito, foram utilizadas como fontes: a legislação nacional, doutrina, artigos, jurisprudências e sítios da internet que abordam o tema deste trabalho.

ISSNe 2595-1602

4 REFERENCIAL TEÓRICO

4.1 RESOLUÇÃO E RESILIÇÃO UNILATERAL

Cabe, inicialmente, realizar uma análise e conceituação do que são Resolução e Resilição Unilateral, pois ambos os institutos são causas supervenientes de extinção dos contratos, mas que possuem grandes diferenças em suas definições.

A extinção do contrato por meio da Resolução ocorre com a inexecução ou incumprimento das obrigações do contrato, ou seja, nas palavras do Professor Flávio Tartuce, é o desfazimento do contrato por justo motivo diverso da mera vontade de uma das partes. No caso em específico, é comum, por exemplo, quando do inadimplemento das parcelas da prestação do imóvel.

Já a Resilição Unilateral decorre da declaração unilateral de uma das partes de encerrar o contrato. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a resilição não deriva de inadimplemento, mas unicamente da manifestação de vontade de uma das partes de encerrar o negócio jurídico.

4.2 INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E LOTEAMENTO

Importa esclarecer que a incorporação imobiliária é a atividade empresarial de produção e comercialização de unidades imobiliárias em edificações coletivas, regida pela Lei nº 4.591/64.

O contrato de incorporação imobiliária, segundo Ghezzi, é um contrato preliminar (de aquisição futura, com ou sem custeio da obra) e pessoal, de natureza complexa, no qual se reúnem obrigações de dar e fazer, que opera seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão do edifício e a transferência das unidades autônomas aos seus donos. É ainda, para o incorporador, promessa de construção (com ou sem financiamento) e de vendas das unidades autônomas com o correspondente condomínio do terreno e nas áreas de utilização comum.

Já o loteamento é uma das formas de parcelamento do solo urbano, em que ocorre a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou de seu prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes. É regido pela Lei nº 6.766/79.

Ademais, a lei prevê que o loteador é obrigado a fornecer uma infraestrutura básica, que consiste em vias de circulação, escoamento de águas pluviais, rede de abastecimento de água potável e soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Nesse sentido, de acordo com Flávio Tartuce, loteamento é o parcelamento do solo para a criação de lotes servidos de infraestrutura e com acesso às novas vias de circulação. Também, pode ser considerado uma espécie de “venda na planta”, pois embora o terreno do lote já exista, o loteador ainda terá de realizar as obras de infraestrutura do loteamento nos moldes que se comprometeu no momento do registro do empreendimento.

Da mesma forma que o contrato de incorporação imobiliária, o contrato de loteamento é um contrato preliminar e pessoal, de natureza complexa, no qual se reúnem obrigações de dar e fazer, que opera seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão das obras de infraestrutura. No entanto, diferentemente dos contratos de incorporação imobiliária, a lei do parcelamento urbano prevê a facilitação e agilidade, de forma que o próprio contrato é título definitivo para o registro a favor do adquirente, quando acompanhado da prova de quitação.

Por fim, ressalta-se que, nos dois casos, incorporação e loteamento, os contratos são classificados como contratos de adesão, sendo aqueles em que o contratante é obrigado a aderir às condições que lhe são oferecidas e impostas pela outra parte, sem direito de discutir ou modificar cláusulas.

5 DOS VALORES A SEREM RETIDOS

ISSNe 2595-1602

A falta de balizas contratuais claras para a resolução desses negócios jurídicos vinha colocando em risco não só a atividade do incorporador, como também a conclusão de empreendimentos imobiliários e entrega das unidades compromissadas.

Dentre os principais questionamentos na justiça, tínhamos a questão dos valores a serem descontados daqueles que resolveram o contrato por inadimplemento ou resilição unilateral.

No fim do ano passado, a Lei nº 13.786/2018 alterou a Lei nº 4.591/64 (incorporações imobiliárias) e a Lei nº 6.766/76 (parcelamento de solo urbano), que passaram a prever exatamente quais os valores poderiam ser descontados dos incorporadores e dos loteadores.

Para incorporadores e loteadores, a Lei dos Distratos prevê a possibilidade do desconto da comissão de corretagem. No entanto, a lei exige do loteador, expressamente, que esse valor esteja integrado ao preço do lote.

Com relação à pena convencional ou cláusula penal, o limite estabelecido para a incorporação é de 25% (vinte e cinco por cento). Enquanto isso, para o loteamento, o limite estabelecido é de 10% (dez por cento), em que devem estar inclusas as despesas administrativas.

Sobre a eventual fruição do imóvel, o incorporador poderá descontar até 0,5% (meio por cento) do valor atualizado do contrato. Tal desconto, no caso do loteamento, está limitado a 0,75% (zero vírgula setenta e cinco por cento) do valor atualizado do contrato.

De modo igual, poderão ser descontados os impostos incidentes sobre os imóveis, cotas condominiais e contribuições devidas à associação de moradores, tanto nas incorporações imobiliárias como nos loteamentos.

ISSNe 2595-1602

5.1 DAS ATECNIAS DA LEI

Diante do aparente conflito existente pelo fato de a Lei não ser clara em relação à possibilidade de os descontos serem realizados nos casos de resilição unilateral, pergunta-se: é possível resilir unilateralmente?

Sob a égide da Lei nº 4.591/1964, que dispõe sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, o adquirente não estava autorizado a extinguir o contrato de forma unilateral e imotivada, mediante resilição unilateral.

Tal situação se justificava na manutenção da saúde econômica dos empreendimentos imobiliários, pois a partir do momento em que parte dos adquirentes resolvesse desistir do contrato, o recebimento do crédito estaria comprometido e, consequentemente, a obra e toda a coletividade dos compradores do empreendimento.

No entanto, segundo Oliveira e Silva, quando da previsão de multas compensatórias contra o consumidor inadimplente, no caso do rompimento do

contrato, na nova Lei de Distratos, o legislador deixou clara sua opção pela admissibilidade de o consumidor se desligar unilateralmente do contrato, mediante o pagamento dessa punição.

Ademais, imperiosa a necessidade de observância dos princípios norteadores das relações consumeristas, principalmente por se tratar de contrato de adesão. Com isso, não pode ser esquecido o Art. 51 º, II, CDC, que proíbe cláusulas que subtraiam do consumidor a opção de reembolso da quantia já paga.

5.2 ADQUIRENTE CONSUMIDOR X ADQUIRENTE INVESTIDOR

A respeito de quem são os consumidores nessas relações, anteriormente à entrega em vigor da lei em questão, alguns tribunais vinham defendendo a aplicação do Código Civil para aqueles adquirentes enquadrados como investidores. Dessa forma, os percentuais de devolução tinham caído para 70% (setenta por cento) do que havia sido pago.

Entretanto, apesar de a nova lei ter nascido dentro do contexto das discussões sobre as resoluções e resilições contratuais, valores e formas de restituição, ela pecou por não diferenciar o adquirente consumidor do adquirente investidor.

Assim sendo, não houve, por parte do legislador, nenhuma diferença nos valores a serem restituídos para a pessoa que comprou com o fim de moradia, daquela pessoa que comprou com o fim de investir. Por consequência, a pessoa que comprou 10 (dez) apartamentos ou lotes para fins de investimento, vai receber da mesma forma e no mesmo prazo de quem comprou para moradia e não consegue mais arcar com tal despesa.

Nesse sentido, segundo Felipe Simões e Luiza Cunha, seria razoável que aquele que devolve o imóvel por puro oportunismo, prejudicando diretamente a construtora e os demais consumidores, tivesse um ônus maior do que aquele que, de fato, não pode arcar com o pagamento do bem.

Portanto, tal previsão iria possibilitar um maior equilíbrio na condução das resoluções e resilições contratuais, evitando-se crises financeiras dentro das incorporadoras e loteadores.

6 DO PRAZO PARA PAGAMENTO DA RESTITUIÇÃO

A lei prenuncia que quando se tratar de incorporação imobiliária o prazo para devolução será de 180 (cento e oitenta) dias da data do desfazimento do contrato ou, se a incorporação estiver em regime de patrimônio de afetação, serão devolvidos os valores no prazo de 30 (trinta) dias após a averbação do “habite-se” (Art. 67 º-A, §§

ISSNe 2595-1602

5º e 6º, Lei nº 4.591/64).

Porém, se a unidade for revendida antes do transcurso desse prazo, a restituição do valor residual para o adquirente deverá ocorrer em até 30 (trinta) dias da revenda (Art. 67 º- A, § 6º, da Lei nº 4.591/64). Seja como for, somente após esse prazo é que se poderá falar que o incorporador estará em mora e, portanto, somente a partir daí será devido cobrar os encargos moratórios, como juros moratórios.

Tratando-se dos loteamentos, a devolução deverá acontecer em 12 (doze) parcelas mensais devidas, a partir de 180 (cento e oitenta) dias do prazo fixado para o término das obras ou, se a obra já estiver concluída, em 12 (doze) meses após a formalização da resolução contratual (art. 32-A, § 1º, da Lei nº 6.766/76).

No entanto, por ter disponível o crédito do adquirente até o fim dos prazos estipulados, foi imposto ao incorporador e ao loteador que sobre esse crédito deverá incidir juros remuneratórios desde a data da resolução ou resilição do contrato. De modo contrário, estaríamos diante do enriquecimento sem causa (Art. 884 º, CC).

Cabe esclarecer que o legislador não estabeleceu qual seria a forma razoável de juros a título de remuneração, mas entende-se que deveria ser o mesmo aplicado à poupança, com o objetivo de não gerar um estímulo para a devolução desses imóveis.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado, muitas são as consequências da resolução e resilição unilateral nas promessas de compra e venda, principalmente no que tange aos aspectos econômicos, que refletem diretamente na saúde dos empreendimentos.

As grandes divergências residiam no valor a ser devolvido ao adquirente, que deu causa à extinção do contrato, e nas formas de devolução desse crédito.

Com essas questões pacificadas pela Nova Lei dos Distratos, espera-se um ambiente mais seguro à concretização dos negócios, uma vez que restam claros os aspectos mais controvertidos e demandados ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ADEMI. Associação Brasileira de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário. Disponível em: <https://ademi-ba.com.br/Site/Noticia/tribunais-diferenciam-investidor-do-consumidor-comum-nos-distratos>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Brasília: Planalto, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

_____. Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Brasília: Planalto, 1979. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Planalto, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

_____. Código Civil Brasileiro. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

_____. Projeto de Lei nº 1.220 de 2015. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1323397&filena>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

_____. Lei nº 13.786 de 27 de dezembro de 2018. Brasília: Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

CONSULTÓRIO JURÍDICO. Câmara aprova regras para casos em que comprador desiste da compra de imóvel. 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-jun-08/camara-aprova-regulacao-desistencia-compra-imovel> Acesso em: 26 de maio de 2019.

GHEZZI, Leandro Leal. A Incorporação imobiliária: a luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. 9ª Edição.São Paulo. Editora Saraiva. 2012. 203 p. vol 3. ISBN 978-85-02-15346-2.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de Metodologia Científica. São Paulo. Editora: Atlas, 2003. Disponível em: < http://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acesso em: 01 junho de 2019.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias; SILVA, Bruno Matos. A recente Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018): o novo cenários jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/dl/artigo-lei-distrato.pdf> Acesso em: 26 de maio de 2019.

SIMÕES, Felipe Siqueira de Queiroz; CUNHA, Luiza Fontoura da. Distrato de Compra e Venda de Bem Imóvel: Análise Prática do Negócio e da Jurisprudência Atual. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 80, p. 389 – 408, jan. – jun. 2016. Disponível em: <http://irib.org.br/app/webroot/publicacoes/rdi80/pdf.pdf>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

VALOR. Entidades pressionam Senado por lei do distrato. 2018. Disponível em: < https://www.valor.com.br/empresas/5594085/entidades-pressionam-senado-por-lei-do-distrato>. Acesso em 26 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS (A LIBERDADE CONTRATUAL DELIMITADA PELA DESIGUALDADE)

THE 70TH ANNIVERSARY OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS. PARTY AUTONOMY IN CONTRACTS (FREEDOM OF CONTRACT DELIMITED BY INEQUALITY)

Autoria: Roberto Wagner Marquesi[1];
Giovana Giacometo Ferreira[2];
Eduardo Alexandre Antoniassi[3]

RESUMO

O presente discurso trata dos setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, abordando os conceitos de liberdade e igualdade nela previstos e aplicados ao direito contratual. Examinam-se seus antecedentes históricos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o Código francês de 1804. Cuida do conceito de dignidade pessoal introduzido pela septuagenária Declaração, firmando-o como fundamento da liberdade contratual e de suas limitações, com foco na desigualdade entre os contratantes, tendo como premissa a natureza cogente da Declaração, além de examinar o Texto Constitucional de 1988 e a legislação civil com o escopo de saber se os princípios da liberdade contratual e da igualdade foram assimilados em nosso ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil-Constitucional. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Autonomia contratual. Igualdade material. Dignidade do contratante

ISSNe 2595-1602

[1] Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP, Largo de São Francisco e possui mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Atualmente, é professor adjunto da Universidade Estadual de Londrina, onde leciona na graduação pós-graduação e Mestrado em Direito Negocial. É professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, atuando na graduação e pós-graduação. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, direito agrário, direito ambiental, posse, propriedade e direito contratual. Professor da Escola Superior da Advocacia do Paraná e da Escola do Ministério Público do Paraná. É coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina e autor das obras A Propriedade Função na Perspectiva Civil-Constitucional e Manual dos Direitos Reais, além de outras. *E-mail*: wagnermarquesi@uol.com.br.
[2] Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Estadual do Paraná – PUCPR e Pós-Graduanda em Processo Civil e Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Atualmente, exerce a profissão de advogada. *E-mail:* giovanagiacometo@hotmail.com.
[3] Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR e Pós-Graduando em Processo Civil e Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Atualmente, exerce a profissão de advogado. *E-mail*: antoniassi1323@gmail.com.

ABSTRACT

The present discourse deals with the 70th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, approaching the concepts of freedom and equality there established and applied to the contract law. It examines its historical background, such as the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 and the French Code of 1804. It handles the concept of personal dignity introduced by the septuagenarian Declaration, firming it as a foundation of freedom of contract and its limits, focused on the inequality between the contracting parties. Operating on the premise of the cogent nature of the Declaration, it exames the Constitucional Text of 1988 and the civil legislation aiming to know whether the principles of freedom of contract and material equality were assimilated into our legal order.

KEY-WORDS

Constitutional Civil Law. Universal Declaration of Human Rights. Contractual autonomy. Material equality. Dignity of the contractor.

INTRODUÇÃO

Comemoram-se, em 10 de dezembro de 2018, os setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tida como uma reação da humanidade aos horrores causados pela II Guerra Mundial. É uma proclamação dos valores maiores da pessoa: a vida, a liberdade e a igualdade. Seu propósito foi o de infundir na legislação de cada nação regras e princípios capazes de dar concretude a tais valores, de modo a impedir que a barbárie se repetisse.

Decorridas sete décadas desde sua edição, é tempo de saber se a Declaração, realmente, teve a eficácia que dela se esperava.

O texto que ora se inicia volta-se para o ambiente dos contratos, aos quais se aplicam dois dos conceitos previstos, em 1948, ou seja, a liberdade e a igualdade. Por isso, aqui se tratará da liberdade na contratação, assim como da igualdade entre os contratantes. Cuida-se de saber se a autonomia privada (liberdade) encontra limites na desigualdade dos sujeitos que contratam.

A abordagem principia com o exame da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que pode ser apontada como antecedente remoto da Declaração de 1948. Depois, a pesquisa se debruça no Código Civil de 1804, que constitui as bases das codificações do século XX. Debruça-se sobre o conceito de dignidade, examinando, por fim, as técnicas desenvolvidas pelo direito brasileiro para dar densidade ao ideário de 1948.

Parte-se da premissa de que a dignidade, aos olhos da Declaração, é o vetor a guiar os princípios da liberdade e da igualdade, inclusive no contrato.

O propósito do presente artigo é o de saber se o sistema legal brasileiro, ao tratar daqueles princípios, especialmente à luz da Constituição da República, do Código Civil e do Código do Consumidor, oferece ferramental para

ISSNe 2595-1602

assegurar a dignidade no ambiente dos contratos, delimitando a vontade diante da desigualdade das partes.

1 A RUPTURA DE 1789 E A CONSAGRAÇÃO DA LIBERDADE

A Revolução de 1789, tida como marco referencial da pós-modernidade, assinala uma ruptura com o ideário moderno, que, dentre várias características, mantinha o Estado umbilicalmente ligado à ordem privada, a ponto de as classes dominantes praticamente se confundirem com ele. Disso dá mostra a célebre passagem setecentista de Luiz XIV, *l'Etat c'est moi.*

Nos séculos que antecederam a Revolução, forjara-se na Europa um Estado de modelo absolutista, calcado no poder inconteste da nobreza e do clero, que não apenas detinham o mando político, mas também concentravam as riquezas e o acesso aos meios de produção, incluindo as propriedades fundiárias, o comércio e a indústria. Compondo mais de 90 por cento da população estavam a burguesia e a plebe, subjugadas por aqueles estamentos, vivendo em condição de inferioridade econômica, política e social.

Poucos anos antes da Revolução, as famílias gastavam mais da metade de sua renda apenas na compra do pão[4], em visível contraste com as classes dominantes, a cujos privilégios satisfaziam com o sacrifício da própria dignidade. O movimento de 1789 tem suas raízes nessa desigualdade social, sendo certo que burgueses e plebeus foram levados à rebelião movidos por um propósito libertador, afastando-se do jugo totalitário.

Com a queda da Bastilha, proclama-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em outubro daquele ano. Seu artigo inicial é emblemático, porque firma os princípios da liberdade e da igualdade de todos: "os homens nascem e são livres e iguais em direitos".

A Declaração dos franceses, contudo, a despeito de assinalar o surgimento de um novo ideário, mostrou-se mais uma exortação que um conjunto eficaz de normas. Isso porque, ao contrário da *bill of rigths* norte-americana de 1791, não previu nenhum instrumento judicial que garantisse os direitos nela catalogados.

No curso da Revolução, surge o Código Napoleônico, em 1804. Mas se o levante de 1789 fora urdido e conduzido por plebeus e burgueses, a nova lei civil, sem embargo de sua grandiosidade, acode predominantemente aos interesses de uma burguesia emergente. A sociedade burguesa da época, uma vez libertada das amarras do poder central, vivia da liberdade econômica e, para isso, tinha de evitar a interferência do Estado, reduzindo seu campo de influência e garantindo a autonomia da esfera privada[5].

O *Code* de 1804, que influenciaria todas as codificações civis dos séculos XIX e XX, inclusive a do Brasil, apoia-se no tripé família, propriedade e

[4] SOBOUL, Albert. *A Revolução Francesa.* Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 41. Trad. Hélio Pólvora;
[5] ANDRADE, José C. V. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo W. (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: LA, 2016, p. 275;

ISSNe 2595-1602

contrato[6]. A primeira funda-se em três premissas: o casamento como único meio legítimo de constituição da família e o predomínio da vontade do marido; a propriedade baseia-se na noção do direito natural e absoluto; o contrato calca-se na noção da liberdade e da não ingerência do Estado.

O contrato é talvez a figura que melhor descreva a liberdade consagrada na Revolução e no Código Napoleônico. É na autonomia contratual, ou seja, no poder de livremente firmar negócios e determinar seu conteúdo, que a liberdade se consagra. É um direito de primeira geração, porque implica o total afastamento do Estado, que não deve se imiscuir nas relações privadas, deixando livre o mercado, que melhor funcionaria sem ele, segundo os ditames do *laisser faire.*

Com efeito, a codificação de 1804 reflete a ideia do individualismo, a noção do homem egoísta e capaz de se conduzir de acordo com a própria vontade. Daí aceitarem-se os princípios da autonomia da vontade e o da obrigatoriedade do contrato. "O que é contratado pela vontade das partes é o justo"[7]. Dito em outros termos, vale o que é combinado.

Não fazendo distinção entre os contratantes, a legislação napoleônica oferece um conceito abstrato de sujeito, ignorando "o homem concreto, o homem de carne, sujeito a debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças econômicas"[8]. De fato, na sua tentativa de suprimir a dominação social fundada na propriedade agrária e destruir os estamentos, "a Revolução acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo"[9].

As grandes massas, compostas por trabalhadores do campo e que formavam a maioria dos povos europeus, seguiram marginalizadas, submissas e miseráveis. No campo dos contratos, a codificação não foi capaz de alterar esse estado de coisas, na medida em que permitia o predomínio do mais forte em detrimento da parte mais fraca.

Com isso, não há dúvida de que o Código Napoleônico, que inspiraria as codificações civis ocidentais, algumas ainda em vigor, não foi capaz de acudir aos princípios dispostos na Declaração.

2 LIBERDADE CONTRATUAL E IGUALDADE FORMAL: CAMINHOS PARA O ABUSO

A positivação da liberdade contratual no Código Napoleônico, decorrente da Declaração de 1789, teve dois efeitos práticos importantes. Um deles, positivo, é a democratização do negócio jurídico, que, a partir de então, é deixado sob

[6] FACHINI NETO, Eugênio. Code Civil Francês. Gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa.* Ano 50, N. 198, abr/jun.2013, p. 71;
[7] AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os contratos nos Códigos Civis Francês e Brasileiro. *Revista de Estudos Judiciários da Conselho da Justiça Federal.* Brasília, N. 28, jan/mar.2005, p. 6;
[8] CARVALHO, Orlando. *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil: a teoria da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. V. 1, p.34;
[9] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 159;

ISSNe 2595-1602

controle do particular. A liberdade é reafirmada, pois, como fundamento do contrato, que, como se viu, vale simplesmente por ser uma expressão da vontade.

Todavia, a ideia de que os homens são livres para determinar as condições dos negócios jurídicos, a ponto de o conteúdo do contrato se tornar inquestionável, parte de um outro direito consagrado pela Declaração, ou seja, o da igualdade. Todos os homens nasceriam iguais, igualdade tida como absoluta, porque oriunda da própria essência humana.

Por isso, industrial e operário, homem e mulher, rico e pobre são vistos como sujeitos dotados da mesma inteligência, tirocínio, capacidades e oportunidades. Acima de tudo, são iguais na criação de direitos e obrigações. A própria natureza teria feito a todos iguais.

Ora, se os sujeitos em geral e, por consequência, o contratante, são iguais, não é dado a ele a possibilidade de questionar a própria palavra empenhada.

Cunham-se daí aforismos que rapidamente se disseminam, como “o contrato faz lei entre as partes”, “o combinado não sai caro” e “quem paga mal paga duas vezes”. Todos eles encontram seu fundamento na igualdade e na liberdade de contratar. É por isso que algumas figuras jurídicas, como a da revisão dos negócios, passam a ser vistas com certa hostilidade.

O efeito que disso resulta é a possibilidade de abusos e iniquidades no negócio jurídico, cujo conteúdo, firmado por sujeitos formalmente iguais, não pode ser discutido. Esse é o efeito negativo da noção de liberdade contratual acolhida pelo Código de 1804 e pela burguesia pós-revolucionária.

São bem conhecidos os casos, que no século XIX, ilustram o abuso justificado pela liberdade contratual. O melhor exemplo é o do contrato de trabalho, fazendo com que operários e operárias, às vezes logo após o parto, empreendessem jornada diária de doze horas, sem direito ao descanso semanal ou férias. À luz do ordenamento civil, então vigente, não era possível discutir tais condições.

Essa ideia, a de que as partes são livres e iguais por força da lei, impedia a revisão de contratos abusivos. Não se podia, em muitos casos, questionar o conteúdo do negócio sob a assertiva de que o poder de um havia sido imposto sobre a vontade do outro. Como todos eram livres para contratar o que quisessem e como a igualdade afastava a possibilidade de imposição de vontades, resultava que “o contrato sempre obrigava”.

É na possibilidade de contratações abusivas que vem à tona a questão da igualdade. Hoje, é sabido que a igualdade sustentada pela burguesia pós-revolucionária jamais teve um conteúdo substancial. Pretender que o legislador possa tornar todos iguais é, no mínimo, utópico e foi por isso que o ideário burguês veio erodindo ao longo do século XX. Vale isso a dizer que os homens podem ser formalmente iguais, porque essa condição deriva simplesmente da lei, mas a lei não pode garantir uma isonomia substancial, porque esse *status*, dada a natural complexidade da tessitura social, é simplesmente inatingível.

Na verdade, as normas que tutelam a igualdade podem mesmo prestar-se como um meio de mascarar a desigualdade material existente entre classes

ISSNe 2595-1602

poderosas e classes desfavorecidas[10]. Deveras, como dizer substancialmente iguais o faxineiro e o dono da indústria onde aquele trabalha?

Com os efeitos danosos causados pela I Grande Guerra, chegou um tempo em que a natural desigualdade dos sujeitos foi reconhecida em nível constitucional, o que pode ser visto na Constituição de Weimar, de 1919, marco da ascensão do Estado Social. Por isso, se reconheceu a necessidade de o Estado "equilibrar a liberdade dos indivíduos com a necessidade da sociedade"[11]. E não só da sociedade, mas dos próprios contratantes.

A consagração dos direitos sociais assinala o advento dos direitos de segunda geração, consistentes na intervenção do Estado no domínio privado, especialmente na delimitação da liberdade em contratos como o de trabalho. Essa limitação à plena liberdade de contratar tem seu fundamento na desigualdade dos sujeitos.

3 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A INTRODUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE

Os efeitos dramáticos da II Grande Guerra, na qual foram ceifadas mais de 30 milhões de vidas, inspiraram a Declaração de 1948, fruto das ideias debatidas na Conferência de Yalta, três anos antes, vista, também, como marco histórico da proteção dos direitos fundamentais.

Ao contrário do Texto de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos nasceu com o propósito de ter natureza cogente, obrigando as várias nações a segui-la. Aqui já se pode notar um avanço, pois enquanto a primeira Declaração aproximava-se mais de uma exortação ou carta de boas intenções, a segunda pretendeu-se vinculante. Foi a partir dela, de fato, que se firmaram vários pactos e convenções de âmbito global, como o Pacto de Direitos Civis de 1966, para citar apenas um exemplo.

Na nova Declaração, liberdade e igualdade, ao lado de outros direitos, voltam a ser declarados fundamentais, tal como se dera, em 1789. Contudo, ao contrário do que ocorrera na França, tais direitos passam a ser vistos numa diferente perspectiva, não mais ao sabor de interesses egoístas. De fato, o advento do Estado Social e a lembrança ainda recente da II Guerra clamavam por uma ordem privada justa, ou menos injusta, na qual o *ser* se sobrepusesse ao *ter.*

Isso está claro no Art. 29 º da Declaração, que ao se referir ao pleno desenvolvimento da personalidade individual, determina a promoção e o reconhecimento dos direitos e liberdades dos outros, a fim de garantir exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade. Com isso, se percebe que a liberdade não pode ser exercida senão com respeito à liberdade do outro, o que vale a dizer que esse direito não é e nem pode ser absoluto. E um de seus limites é a desigualdade, manifestada, especialmente, no ambiente dos negócios jurídicos.

[10] WEYNE, Gastão R. S. *Liberdade e Poder Econômico.* São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 83;
[11] GIORGIANNI, Micheli. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras.* trad. Maria Cristina de Cicco. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 747, jan.1998, p. 42;

ISSNe 2595-1602

Mas o que assume maior relevo na Declaração, em enunciado contido já em seu Preâmbulo, é a ideia da dignidade pessoal, reconhecida "a todos os membros da família humana". A dignidade é apontada como um dos fundamentos da liberdade e da igualdade. No campo do contrato, como existem sempre dois ou mais sujeitos, é evidente que a liberdade de um não pode ser estendida a ponto de ferir a dignidade do contratante desigual. Logo, a liberdade e, por conseguinte, a igualdade, encontram balizas na dignidade. Não se cuida de direitos absolutos, como se pretendeu com o Código de 1804, mas sim de valores qualificados pelo cânone da dignidade.

A positivação do conceito de dignidade é o maior legado da Declaração para o direito privado.

No Brasil, a Constituição de 1988 recolhe a ideia da dignidade, reconhecida pela Declaração Universal como fundamento das liberdades; é também fundamento da República. Como a liberdade e a igualdade são direitos fundamentais, fica claro que ambas, inclusive as inerentes ao contrato, devem se fundamentar na dignidade. Nesse ponto, nossa tábua de valores reflete o ideário da Declaração.

Necessário aqui apresentar, diante disso, algumas noções preliminares sobre o conceito, para, a partir daí, examinar sua aplicação no ambiente dos negócios jurídicos.

A expressão "dignidade", conquanto de uso frequente nos manuais, é um conceito de grande vagueza semântica, demandando atividade judicante segundo o princípio da operabilidade. Impende ao juiz, portanto, dar concretude ao conceito, de modo a aplicá-lo nos casos reais.

Referências à dignidade pessoal encontram-se no "imperativo categórico" de Kant, ideia concebida no último quartel do século XVIII. Em sua Crítica da Razão Prática, apresenta o prussiano o axioma moral, contido no "imperativo": "age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio"[12]. Ver no outro um ente merecedor de respeito, tratando-o como um ser possuidor de vontades, aspirações, necessidades e vulnerabilidades, e não como um instrumento de realização de nossos interesses, nisso repousa a ideia de dignidade.

O conceito em questão liga-se ao conceito de pessoa. Na tradição greco-latina, pessoa era o sujeito capaz de expressar suas emoções e desejos, assim, fazia-se impor e ouvir. Bem conhecida é a expressão *persona*, máscara que se empregava na encenação teatral, cuja função era a de repercutir o som do artista[13]. Dito em outros termos, pessoa é o ser a quem se ouve, um ente a quem é atribuído o poder de contrair direitos e assumir obrigações.

Possuir dignidade significa o poder de se fazer ouvir e respeitar. *Rectius*, ser digno significa ser merecedor da própria felicidade.

A dignidade está afeta aos direitos da personalidade, mas projeta-se também no ambiente contratual, pois a Constituição vê o contratante não como sujeito

[12] KANT, Emanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Brasil Editora, 2004, p. 49. Trad. Afonso Bertagnoli;
[13] AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 32;

ISSNe 2595-1602

abstrato. É certo que tal conceito é substituído por um conceito que "ganha em concretude e põe à mostra o caráter desigual, por isso, injusto, de certas relações contratuais"[14]. É exatamente a ideia da dignidade que dá fundamento à proteção do vulnerável na relação de consumo[15].

Sobre a dignidade do contratante farta é a jurisprudência[16].

Interessante anotar, nessa linha de raciocínio, que a lesão capital contra a dignidade está em tratar o outro como um ser inferior, inclusive sob o pretexto de fortuna pessoal[17].

A dignidade é o vetor que a comunidade internacional elegeu para guiar os direitos fundamentais, como a liberdade e a igualdade. Por isso, se há de entender que em relação ao conceito de liberdade contratual, o Texto de 1948 é muito superior ao de 1789. A abordagem da noção de dignidade abre as portas para uma intepretação que favorece à ética no ambiente contratual.

A eticidade nos negócios jurídicos já vinha sendo proclamada em algumas legislações anteriores mesmo à Declaração. Exemplo é a positivação da boa-fé objetiva, uma irradiação da eticidade, que no Brasil, só teria lugar, em 1990, com o Código do Consumidor.

Tome-se como exemplo o Código Italiano, de 1942, ano em que a Itália deixou a conflagração mundial, cujo Art. 1.322º, que trata da autonomia contratual, timbra a regra de que *le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge* ("as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei"). Um dos exemplos de limitação ao conteúdo do contrato repousa no Art. 1.337º, verbis: *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (*"as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo boa-fé").

Também no Código Português, de 1966, encontram-se limites à liberdade de contratar. Como se recolhe do Art. 405º, "dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos". E, no Art. 726º, "no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé".

ISSNe 2595-1602

[14] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42;

[15] MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo W. (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: LA, 2016, p. 118;

[16] "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. INDENIZAÇÃO DE ALUGUERES DO IMÓVEL. CABIMENTO. PREJUÍZO PRESUMIDO. DANO MORAL. CABIMENTO. DIGNIDADE DO CONSUMIDOR ATINGIDA. MONTANTE. RAZOABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. Analisando o acervo fático-probatório dos autos, o Tribunal a quo concluiu que o atraso na entrega da obra ultrapassou a esfera do mero dissabor diário, sendo atingida a dignidade do consumidor que ensejou a reparação a título de danos morais, no valor de dez mil reais. Esse montante atende aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, bem como às peculiaridades do presente caso" (STJ, 4ª. Turma, REsp. 1140098, Rel. Lázaro Marques, j. 08.fev.2018);

[17] COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 241;

Como se vê, em ambos os diplomas europeus a liberdade de contratar foi assegurada, mas ao mesmo tempo se firmaram balizas para o seu exercício, no caso o dever anexo de conduta da "boa-fé objetiva", por força do qual o contrato gera deveres colaterais paralelos às prestações.

Mas é certo que ao delimitar a liberdade nos negócios jurídicos, aqueles sistemas foram além da questão patrimonial e passaram a enxergar o sujeito como destinatário da tutela legal. Todavia, a dignidade pessoal não pode ser reduzida a um simples conceito[18].

Daí ser imperiosa a construção de mecanismos aptos a conferir-lhe concretude.

4 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO. O *SER* SOBREPOSTO AO *TER*

O conceito de patrimonialização, tão caro aos sistemas civis anteriores à II Guerra, põe os bens, e não a pessoa, ao centro da relação jurídica. Por isso, se dizia da codificação Beviláqua um Código patrimonialista, fruto, sem dúvida, da noção abstrata do sujeito acolhida, em 1804.

A repersonalização, conceito contrário ao da patrimonialização, põe a pessoa ao centro da relação jurídica. Isso não significa que os bens tenham sido relegados a um plano inferior na relação jurídica, mas que, em certas situações, o crédito deve ser sacrificado em favor dos valores existenciais do devedor, quer dizer, da sua dignidade[19]. A repersonalização vê o patrimônio não como um fim, mas como um meio, embora não o único, para a realização dos valores da pessoa.

Um exemplo da repersonalização está no *favor debitoris*, por força do qual se assegura ao devedor um direito, que por sua natureza fundamental, não pode ser atingido para satisfazer aos interesses patrimoniais do credor. É o caso do bem de família, entre nós acolhido na Lei 8.009/90, que garante a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do núcleo familiar, imunizando-o aos efeitos da execução. É dizer, entre o patrimônio do credor e o direito fundamental à moradia do devedor, protege-se este em detrimento daquele.

Também se vê a ideia da repersonalização no *duty to mitigate the loss,* ou dever de atenuar o próprio prejuízo, uma decorrência da boa-fé objetiva. Cuida-se de evitar que o devedor sofra um dano por ato do credor, que de uma forma ou de outra, possa agravar a condição do contrato. Exemplo encontradiço na doutrina é o do agente financiador mutuante, que diante da inadimplência do mutuário, protela o ajuizamento da rescisão, dificultando ou mesmo impossibilitando, com isso, a purgação da mora[20].

ISSNe 2595-1602

[18] ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo.* São Paulo: CL, 2004, p. 39. Trad. Roberto Raposo;

[19] MORAES, Maria Celina Bodin. O direito civil-constitucional. *In Uma Década de Constituição 1988- 1998.* org. Margarida Maria Lacombe de Camargo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115;

[20] "Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos

Outro exemplo, agora no campo extracontratual, repousa no Art. 944º, parágrafo único, do Código Civil, que permite a redução do valor da indenização nos casos de desproporção entre culpa e dano quando o pagamento puder comprometer a dignidade do causador do dano.

O que se vê é a proteção ao mínimo existencial, postura que, no Brasil, ganha impulso com o Texto de 1988[21]. É a internalização do conceito de dignidade permeando a ordem privada, conceito que, como foi visto, constitui o fundamento das liberdades, inclusive a liberdade contratual. Tem-se, por conseguinte, que a observância dos valores existenciais impede o exercício absoluto da liberdade não só na criação dos negócios jurídicos, senão também na produção de seus efeitos.

É nos princípios constitucionais que o contrato colhe seus fundamentos. Não só no princípio cardeal da dignidade pessoal, como também nos cânones da Ordem Econômica, ao lado da propriedade e da proteção ao consumidor. Nosso Texto, refletindo o ideal da socialdemocracia, firma o princípio da livre iniciativa como fundamento das relações negociais (Art. 170º, caput). Tem-se, portanto, a garantia da liberdade na contratação, caudatária da livre iniciativa[22].

Mas essa liberdade é delimitada por valores metaindividuais presentes no mesmo Art. 170º, como o da função socioeconômica dos contratos, a proteção aos ambientes e a redução das desigualdades.

Os princípios da Ordem Econômica têm por função densificar o conceito de dignidade, no caso a dignidade dos contratantes. Logo, a dignidade funda os princípios da Constituição, que, por sua vez, funda as relações negociais. Mesmo os contratos, que por não ostentarem conteúdo econômico, como os de biodireito, estão de fora da Ordem Econômica, ainda, assim, deverão observância à dignidade[23].

Logo, no direito brasileiro, a autonomia privada sofre limitações fundadas na Constituição, não sendo mais possível, na contemporaneidade, ler o contrato senão sob a luz da Constituição. E ler o contrato significa ter em consideração tanto a liberdade quanto a desigualdade dos contratantes.

Nesse ponto, tem-se a teoria da constitucionalização do direito privado, assim como a técnica do diálogo das fontes. A constitucionalização, como se sabe, implica em que a norma civil deve ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, de forma que a solução a ser dada pelo juiz ao caso concreto, envolvendo contrato, deve guardar respeito a ela. Isso é particularmente verdadeiro nos casos de lacuna no Código Civil, como nos contratos de biodireito e de plano de saúde, por exemplo.

Antes da CF, as normas constitucionais prestavam-se, predominantemente, a delimitar o poder do Estado, impedindo a interferência deste

ISSNe 2595-1602

de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano" (STJ, 3ª. Turma, REsp 758518 / PR, Rel. Vasco della Giustina, j. 17.jun.2010).

[21] FACHIN, Luiz E. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*;

[22] NALIN, Paulo. *Do Contrato. Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional).* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161;

[23] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil. Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 20-21;

nos direitos e garantias; agora, o papel da Constituição foi ampliado pelo aporte de figuras do direito privado.

Confira-se, nesse sentido, entendimento jurisprudencial envolvendo negativa de cobertura em contrato de seguro[24].

6. A TÉCNICA DO DIÁLOGO DAS FONTES

A teoria do diálogo das fontes é uma concepção paralela à ideia da constitucionalização do direito privado. Ela rompe com o modelo tradicional, que vendo os códigos legais como diplomas autossuficientes e impermeáveis, acaba por engessá-los. O que se defende, hoje, é a ideia do sistema aberto, no qual as várias leis, buscando a melhor e mais justa solução ao caso concreto, conversam entre si. Por isso, o Código Civil perde a posição de centro nevrálgico do sistema. O que se tem são microssistemas que se iluminam uns aos outros[25].

Exemplo é dos prazos para reclamar por vício redibitório nos contratos de consumo. Por ser uma relação entre fornecedor e consumidor, a hipótese deve, em tese, ser resolvida à luz do CDC. Mas como o Código Civil, nesse ponto, é mais benéfico que o CDC (e o tratamento mais favorável é justamente o mote do CDC), estabelecendo um prazo maior, aplica-se o Código Civil. Tem-se, destarte, a incidência de uma lei que não foi criada para regular relações de consumo, com o afastamento de lei criada para isso, num caso envolvendo relação de consumo[26].

Significa isso dizer normas de um diferente sistema podem ser chamadas para solucionar uma demanda que se submeteria a outro sistema. E o fundamento para isso, ou seja, o diálogo entre as normas, está nos princípios constitucionais que protegem o contratante, incluídas aqui a liberdade e a igualdade, mas, principalmente, o cânone da dignidade.

7. O CONTRATO COMO RELAÇÃO DE COOPERAÇÃO

A visão presente no sistema napoleônico, que via no contrato uma relação de subordinação do devedor ao credor, a ponto de se dizer do primeiro acorrentado ao segundo, não subsiste. Os negócios jurídicos, em geral, notadamente o contrato, são relações de cooperação ou coordenação. São, na verdade, "um vínculo formador de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que o

[24] "O Tribunal de origem registra que de acordo com o contrato de seguro coletivo firmado entre as partes, a doença que acometeu o recorrido, isto é, AVC - acidente vascular cerebral, não consta expressamente nos riscos excluídos. Consigna, ainda, que de acordo com a proposta juntada aos autos, as coberturas abrangidas limitam-se à morte natural ou acidental, invalidez permanente total ou parcial por acidente e antecipação de benefício por doença terminal. Todavia, esta cláusula não deve prevalecer sobre aquela que não exclui expressamente a cobertura para AVC, pois tal disposição mostra-se abusiva, na medida em que coloca o segurado em extrema desvantagem, além de ofender os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e função social do contrato" (STJ, 4ª. Turma, AgInt no AREsp 1315172/MS, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 20.set.2018).

[25] IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione. Diritto e Società*, Milão, N. 03-04, 1978, p. 613 e ss;

[26] "Decadência e prescrição. Diálogo de fontes. Aplicação da norma do CCB. Afundamento de piso que diz com a habitabilidade e funcionalidade da residência. Aquisição de casa pré-fabricada. Vício do serviço. Problemas no piso. Afundamento. Decadência não verificada, pois que aplicável à espécie o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 618 do CCB. Aplicação da teoria do diálogo de fontes, pois que o prazo prescricional atinente a defeito de segurança e solidez da obra previsto no art. 618 do CCB se mostra mais favorável ao consumidor. Vício que por dizer respeito à habitabilidade da residência autoriza a aplicação da norma mais favorável prevista no Código Civil" (TJRS, 1ª. Turma Recursal, Ap. 71002513935, Rel. Heleno Tregnago Saraiva, j. 23.nov.2010);

ISSNe 2595-1602

compõem. Dentro dessa ordem, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas”[27].

De fato, o contrato não pode significar a sujeição de uma pessoa à outra, ideia que justificaria, por exemplo, a inexecução do contrato e a imposição de perdas e danos sempre que o devedor deixasse de cumprir os termos do negócio, mesmo que abusivos. Afasta-se, como acima já foi referido, o dogma segundo o qual “o contrato faz lei entre as partes”.

O negócio como um vínculo de cooperação reflete a ideia de que os contratantes se associam para buscar um determinado bem da vida, cujo acesso não seria de outra forma possível. O contrato não pode se converter em mecanismo de imposição de vontades ou instrumento de práticas iníquas. Cooperar está no sentido de que se deve buscar a maior vantagem possível, com o menor sacrifício possível, para ambas as partes, ou dito em outros termos, cooperar é deixar de lado o individualismo e partir para a concretização de interesses comuns.

Ser o contrato uma relação de cooperação é que justifica a imposição de responsabilidades já na fase pré-contratual e após sua execução. Esse é o campo dos deveres anexos, ou deveres colaterais, conceituados como deveres, que não fazendo parte do sinalagma, assomam como cláusulas que garantem um ambiente de lealdade entre as partes. De fato, ao dar início ao contrato, executam-no e mesmo após seu cumprimento, as partes devem se manter fieis à finalidade do negócio e às expectativas que reciprocamente despertaram uma na outra, facilitando, assim, o acesso ao bem da vida[28].

A boa-fé constitui, assim, uma forma de limitação da liberdade negocial fundada na eticidade.

8. DIRIGISMO CONTRATUAL

A constatação de que a igualdade formal não corresponde a uma igualdade material entre os contratantes, levou à intervenção do Estado na ordem econômica, como foi visto páginas antes. A intervenção apresenta-se como um mecanismo de ação estatal destinado a assegurar, previamente, o equilíbrio das prestações negociais, impedindo que o contratante tecnicamente mais forte imponha suas condições ao contratante vulnerável.

Pela técnica do dirigismo, o Estado determina o conteúdo da relação negocial, impondo cláusulas obrigatórias ou impedindo cláusulas abusivas nos contratos. Trata-se, assim, de “um antídoto ao sentimento egoísta”[29]. Como se vê, cuida-se de um direito de segunda geração, consistente no poder que tem o particular de exigir do Estado atuação na ordem contratual.

A massificação dos contratos, representada especialmente pelos contratos de consumo, exige firme atuação do ente estatal. Por isso, se de um lado o direito assegura a liberdade de negociar, doutro estabelece balizas, de modo a

[27] COUTO E SILVA, Clóvis V. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: FGV, 2006, p. 19;
[28] BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. *O dever de cooperação nas relações contratuais.* RT, São Paulo, N. 971, set.2016, pp. 31-42;
[29] OLIVEIRA, Marcio R. Dirigismo Contratual e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Função Social do Contrato. *Legis Augustus.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, pp. 81-92, jul./dez. 2014;

ISSNe 2595-1602

relativizá-la. Por isso, afirma-se, "a ordem jurídica atual não deixa em mãos dos particulares a faculdade de criar ordenamentos contratuais sem um interventor"[30]. Claro que essa intervenção não é nem pode ser absoluta.

Não há dúvida de que a noção da vulnerabilidade nasceu com as Constituições de socialdemocracia, que prometem a realização de uma ordem contratual justa[31]. E por justiça se há de entender pelo equilíbrio das prestações, assegurando a simetria e impedindo que uma das partes alcance vantagem indevida sobre a outra. E, como foi visto, é nos contratos de trabalho que a intervenção estatal se faz de forma mais clara. Parte-se do pressuposto de que o empregado está numa condição de vulnerabilidade face ao empregador.

Por isso, nos contratos de trabalho existem normas ditadas pelo Estado, as quais não podem ser contornadas pela vontade das partes, como o direito às férias. Nos contratos agrários, também, há exemplos, como a presença de prazos mínimos de duração, percentual mínimo de renda, a vedação de cláusula de renúncia a benfeitorias etc. Em ambos os contratos, ao lado dos de consumo, o poder público protege a parte técnica e economicamente mais frágil[32].

É certo, doutra parte, que o grau de dirigismo varia de acordo com o setor onde se insere o contrato. Assim, enquanto nos contratos de massa é mais forte, menos denso se apresenta nos negócios empresariais. Nesse sentido está o Enunciado 21 das Jornadas de Direito Comercial: "nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais". Isso se explica pelo maior grau de qualificação dos sujeitos, e também pelos riscos inerentes à atividade empresarial, o que sem embargo, não afasta a possibilidade de intervenção do Estado.

De qualquer forma, o dirigismo não atinge o fundamento do contrato, que é e sempre será a liberdade. Ele apenas a valoriza, tornando-a um instrumento de realização de vontades. O dirigismo contratual não afasta a ideia da liberdade contratual, mas a delimita, sendo certo que a liberdade deve prevalecer sobre a igualdade, exceto quando sejam afetados direitos de personalidade de outrem[33].

ISSNe 2595-1602

[30] LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 540. trad. Vera Maria Jacob Fradera;

[31] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3749, 6.out.2013. Disponível em https://jus.com.br/artigos/25358. Acesso em 11 dez. 2018.

[32] "1.Os contratos de direito agrário são regidos tanto por elementos de direito privado como por normas de caráter público e social, de observação obrigatória e, por isso, irrenunciáveis, tendo como finalidade precípua a proteção daqueles que, pelo seu trabalho, tornam a terra produtiva e dela extraem riquezas, conferindo efetividade à função social da propriedade. 2. Apesar de sua natureza privada e de ser regulado pelos princípios gerais que regem o direito comum, o contrato agrário sofre repercussões de direito público em razão de sua importância para o Estado, Do protecionismo que se quer emprestar ao homem do campo, à função social da propriedade e ao meio ambiente, fazendo com que a máxima do pacta sunt servanda não se opere em absoluto nestes casos. 3. Nos contratos agrários, é proibida a cláusula de renúncia à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, sendo nula qualquer disposição em sentido diverso" (STJ, 4ª. Turma, REsp. 1182967/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.jun.2015).

[33] MOTA PINTO, Paulo. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.* Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 49;

Por aí se vê que a técnica do dirigismo contratual é um mecanismo de assecuramento da igualdade substancial nos contratos.

CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos deve ser vista como um marco de grande relevo no percurso histórico do direito. Seu valor repousa não apenas em sua natureza imperativa, circunstância por força da qual sobressai em relação à Declaração de 1789, mas também pela presença do conceito de dignidade pessoal, que se prestando como vetor, informa os princípios da autonomia privada e da igualdade material.

Cediço que em muitos ambientes contratuais percebe-se uma natural desigualdade dos personagens, como ocorre nos ditos contratos de trabalho e nos contratos agrários e de consumo, a lei criou mecanismos para atenuar essa diferença, de modo a evitar, tanto quanto possível, a prevalência da vontade do mais forte sobre a do mais fraco.

As técnicas vistas no texto, como a constitucionalização do direito privado, o diálogo das fontes, a positivação de cláusulas gerais como a da boa-fé objetiva e o dirigismo contratual são exemplos que demonstram o propósito do legislador brasileiro de delimitar a vontade nos negócios jurídicos, atendendo à desigualdade dos contratantes. O que se tem, portanto, é o respeito à liberdade de contratar, desde que exercida dentro dos limites descritos pela lei. A liberdade é o fundamento do contrato, mas isso não significa que seu exercício possa ser absoluto, como o foi no século XIX.

A dignidade é que justifica as limitações ao exercício da liberdade nos contratos. Esse conceito, acolhido no Art. 1º., III, do Texto de 1988, como fundamento da República, tem sua inspiração no Preâmbulo da Declaração. Essa é a mais expressiva mensagem que o histórico documento deixa para o direito negocial brasileiro, que deve numa visão prospectiva, ao disciplinar o direito patrimonial, não se afastar dos valores fundamentais da pessoa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os contratos nos Códigos Civis Francês e Brasileiro. *Revista de Estudos Judiciários da Conselho da Justiça Federa*l, Brasília, N. 28, jan/mar.2005;

AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

ANDRADE, José C. V. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo W. (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: LA, 2016;

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo.* São Paulo: CL, 2004. Roberto Raposo (trad.);

BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. Revista dos Tribunais, São Paulo, N. 971, set.2016, p. 31;

CARVALHO, Orlando. *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil: a teoria da relação jurídica, seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, V. 1;

ISSNe 2595-1602

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: FGV, 2006;

FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil Francês. Gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, Ano 50, N. 198, abr/jun.2013;

FACHIN, Luiz E. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

GIORGIANNI, Micheli. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras.* trad. Maria Cristina de Cicco. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 747, jan.1998

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione. Diritto e Società*, n. 03-04, 1978, p. 613 e ss;

KANT, Emanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Brasil Editora, 2004. Trad. Afonso Bertagnoli;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável a autonomia privada, *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3749, 06.out.2013. Disponível em https://jus.com.br/artigos/25358. Acesso em 11 dez. 2018.

_____ *Direito Civil. Obrigações*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos do Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 540. trad. Vera Maria Jacob Fradera;

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo W. (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: LA, 2016;

_____ O direito civil constitucional. *In Uma Década de Constituição 1988-1998*. org. Margarida Maria Lacombe de Camargo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115;

MOTA PINTO, Paulo. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.* Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 2000;

NALIN, Paulo. *Do Contrato. Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional).* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008;

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

OLIVEIRA, Marcio R. Dirigismo Contratual e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Função Social do Contrato. *Legis Augustus.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, pp. 81-92, jul./dez. 2014;

SOBOUL, Albert. *A Revolução Francesa.* Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 41. Trad. Hélio Pólvora;

WEYNE, Gastão R. S. *Liberdade e Poder Econômico.* São Paulo: Memória Jurídica, 2005;

ISSNe 2595-1602

DO PÁTRIO PODER À AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO: UM BREVE OLHAR SOBRE O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Direito de Família

Patrícia Cristina dos Santos Bachega[1]

RESUMO

A presente pesquisa historiciza o conceito de família e sua abordagem legislativa desde a Constituição do Império até os dias atuais, em que o afeto norteia o reconhecimento de múltiplas formas de família. Neste ponto, a coexistência da parentalidade biológica e socioafetiva, sem que haja sobreposição e ambas com responsabilidade solidária, visa o reconhecimento jurídico de uma realidade fática cada vez mais comum: as famílias recompostas. A partir da legislação existente e do forte acervo doutrinário, busca-se abordar o modo como a justiça brasileira acolheu a multiparentalidade como possibilidade e a afetividade como princípio implícito constitucional, baseando a fundamentação em sentenças de primeiro e segundo grau e, até mesmo, o reconhecimento de repercussão geral acerca da predominância da parentalidade socioafetiva perante o STF.

Palavras-chave

famílias – afeto – multiparentalidade

ISSNe 2595-1602

[1] Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Política Social na Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT),. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso, pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera- UNIDERP, em Direito Civil e Processo Civil pela Escola dos Servidores do Tribunal de Justiça do Estado de Mato e em Direito Civil Contemporâneo pela Universidade Federal de Mato Grosso. pebachega@gmail.com

INTRODUÇÃO

Trata-se o presente artigo acerca do princípio da afetividade aplicado ao Direito de Família e suas implicações no campo da parentalidade socioafetiva, cuja análise, a partir do método qualitativo de pesquisa, busca desenvolver de modo incipiente, a partir de pesquisas realizadas em fontes bibliográficas e jurisprudenciais, a forma como o legislador pátrio tratou o tema da família, iniciando com a Constituição do Império de 1824, Código Civil de 1916, até os dias atuais.

Com base em acervo bibliográfico e jurisprudencial acerca do tema, bem como reflexões acerca das formas de família que paulatinamente foram sendo reconhecidas pelo direito. Dentre esses princípios, o afeto como vetor normativo e principiológico ganha especial destaque no reconhecimento da multiparentalidade.

Busca-se neste ponto mencionar decisões pioneiras que trouxeram à lume o enfoque da afetividade como fator relevante à tomada de sentenças judiciais no tocante à parentalidade, com o objetivo de abordar a importância da análise da afetividade como fator decisivo para o conceito de família. De importante destaque será abordada a Lei nº11.924/09, que possibilita ao enteado ou enteada requerer ao juiz competente, que no registro de nascimento seja averbado o nome de família de seu padrasto ou madrasta, desde que haja expressa concordância deste, sem prejuízo de seus apelidos de família e, finalmente, as decisões judiciais que permitem que uma pessoa possa conter em sua certidão de nascimento a filiação socioafetiva e a filiação biológica, sem prejuízo de uma sobre a outra, agindo ambas em prol da prole conjunta ou não.

ISSNe 2595-1602

OBJETO DO ESTUDO

O objeto do presente estudo se trata da modificação do conceito de família através das legislações brasileiras, culminando na Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento do afeto enquanto princípio implícito que norteia a constituição de famílias recompostas, culminando com a multiparentalidade.

MATERIAIS E MÉTODOS

De metodologia essencialmente qualitativa, a presente pesquisa utilizou material bibliográfico em artigos científicos, obras literárias e jurisprudência que realizam a abordagem do tema ora em estudo.

DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

A família é a organização social mais antiga que se tem notícia. Segundo Engels, a palavra família, em sua origem mais remota, não possuía o sentido conhecido, atualmente, já que a expressão *famulus* sequer representava a união de cônjuges e seus filhos, tampouco elementos de consanguinidade

> Em sua origem, a palavra família não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época; - a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e família é o conjunto de escravos pertencentes ao mesmo homem (...) A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles[2].

Sem remontar aos primórdios da civilização, é salutar anotar que a organização familiar do direito romano – cujo ordenamento refletiu fortemente no direito civil brasileiro – era constituída sob o princípio da autoridade. O *pater famílias* exercia total autoridade sobre a prole, fossem menores, casados ou não, e exercia inclusive o poder para deserdação do filho, o qual só se tornava inteiramente romano após a morte do pai.

Já no período pós-romano, o conceito de família se vê abundado por conceitos da espiritualidade cristã, de cunho afetivo.

Durante a Idade Média, as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Acerca do referido período, lecionam as articulistas Michele Amaral Dill, Thanabi Bellenzier Calderan:

> O Direito Canônico, diferentemente do Direito Romano, foi marcado pelo advento do cristianismo. A partir desse momento só se instituíam famílias através de cerimônia religiosa.
>
> Desta forma, o Direito Canônico pode ser compreendido como 'o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana [...] a denominação 'canônico' deriva da palavra grega Kánon (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa a fé ou à ação cristã'.[3]

Os contextos históricos e legislações subsequentes na civilização ocidental, nos moldes do Código Napoleônico, seguiram fielmente o modelo de família hierarquizado, representado pelo pai como chefe de família, a mãe como responsável pelo trato com o lar e os filhos legítimos, havidos dentro do casamento, também representado como instituição. Acerca do Estado moderno aduz Telles:

> Durante a vigência do Estado liberal Clássico, o contexto histórico que se apresenta é o da Revolução Francesa do século XIX. Este espaço de tempo é identificado, de acordo com Donadel: "como 'a era das codificações' ou a 'era dos Códigos'". Seguindo a concepção da mesma autora, os produtos mais importantes desse momento histórico são o Código de Napoleão, de 1804, e o BGB alemão (Bürgerliches Gesetzbuch), de 1896 - também

[2] ENGELS. Friedrich, A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, trad. Leandro Konder, 8.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A, 1982. 215 p.

[3] DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019 >. Acesso em jun/2019.

ISSNe 2595-1602

> designado de segunda codificação. A compreensão da família no momento referido é retratada a partir da visão de Napoleão, ou seja, assim como o chefe de família está sujeito de forma absoluta ao governo, do mesmo modo a família está sujeita de forma absoluta a seu chefe; acrescenta Donadel: "por consequência, é através dessa lei que o papel da mulher no casamento é tratado de forma desigual no universo jurídico"[4]

Assim, a representação de família na era das Codificações conclama um chefe e seus filhos legítimos, o que também foi representado nas Ordenações do Reino em Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – 1603-1916), sendo que o Brasil, enquanto colônia foi regido por essas ordenações.

A primeira Constituição brasileira foi outorgada, em 1824, e em seu corpo não havia disposições acerca da família, tampouco qualquer representação familiar. A família pré-constituição de 1988, tratava-se da família prevista no Código Civil de 1916, cuja representação era formada pelo modelo patriarcal e, exclusivamente, formada a partir da instituição do casamento. Destaca-se, neste período, a indissolubilidade da união civil, a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos e a posição do homem diante da mulher, cabendo-lhe a administração dos bens, o direito de autorizar a profissão desta, sua residência e a manutenção do lar conjugal (Art. 233º).

O sistema codificado de 1916, porém, foi marco relevante, posto que, embora influenciado, afastou as regras canônicas ainda mais rígidas e disciplinou o direito de família no país.

A despeito do regramento, mantinha-se até então o conceito de família como aquela marcada pelo casamento indissolúvel.

Em 1962, entrou em vigor no Brasil a Lei nº4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, cujo teor garantiu à mulher relativa independência em relação ao marido, conferindo a administração dos bens aferidos com o produto de seu trabalho e, embora parcial, relativa administração familiar.

Modificação importante em período anterior à Constituição Federal de 1988, que contribuiu de forma efetiva para a mudança de cultura e visão jurídica acerca da configuração de novas formas de família diversa daquela cujo poder familiar situa-se no pai de família, trata-se da Lei de Divórcio (Lei 6515/77) que garantiu solubilidade do casamento por meio do divórcio.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS FORMAS DE FAMÍLIA

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, a hierarquização da família foi flexibilizada, dando espaço ao reconhecimento de três formas de família, o casamento, a união estável e o núcleo monoparental. Vejamos da dicção do Art. 226º, da Constituição Federal:

[4] TELLES.Bolivar da Silva. O direito de família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada. Porto Alegre. 2011 <Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf, acesso em jun 2019>

ISSNe 2595-1602

> Art. 226º. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
>
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Nesta seara, a Constituição Federal institui a proteção da família em sentido amplo, abrangendo não apenas a família formada pelo casamento indissolúvel, mas também, a família monoparental, formada por quaisquer dos ascendentes e descendentes e a união estável, afastando parcialmente a igreja e o Estado do papel de instancia legitimadora da família. A menção à forma parcial justifica-se pela manutenção da legitimação do casamento religioso com efeitos civis, marcando desta forma a presença diferida, porém, ainda forte, da igreja no Estado.

Comentando a importância da constituinte de 1988 para a configuração das famílias, comenta Giorgis apud Dias:

> A Constituição Federal de 1988 representou uma expressiva ruptura de paradigmas, pois o casamento perdeu seu valor apoteótico, cedendo lugar para o engrandecimento da família.
>
> Para a Magna Carta, família é a base da sociedade, devendo ter especial atenção do Estado (CF, Art. 226º), consolidando a igualdade entre os filhos (CF, art. 226,§6º) e inibindo desigualdade entre os direitos do homem e da mulher (CF, Art. 226 º,§5º).
>
> E disse que para a proteção estatal é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão ao casamento, entende-se também como entidade familiar qualquer dos pais e seus descendentes (CF, Art. 226º,§§3º e 4º).[5]

Ainda acerca do regramento constitucional, importa destacar a expressa igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal e a igualdade dos filhos.

Em face das inovações trazidas a lume pelo regramento constitucional, inúmeras leis infraconstitucionais foram editadas, dentre elas a atualização do texto da Lei nº. 6.515/77, relativa à separação judicial e ao divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), a normatização do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei nº. 8.560/92) e as leis da união estável (nº. 8.971/94 e nº 9.278/96), dando aos companheiros direitos a alimentos, meação e herança.

Assim, com a edição de novas leis, ainda na vigência do Código Civil de 1916, inúmeros de seus dispositivos caíram por terra, tais como as disposições referentes

[5] DIAS, MARIA BERENICE. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009., p.70.

ISSNe 2595-1602

ao desquite e à diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, ante sua não recepção pela Constituição.

FAMÍLIAS E O CÓDIGO CIVIL VIGENTE

O Codigo Civil de 2002, ao dispor acerca do conceito de família e sua disciplina legal, afastou, peremptoriamente, a diferenciação entre os filhos, disciplinou o regramento acerca do divórcio, bem como disciplinou princípios norteadores das decisões judiciais. A legislação civil buscou acompanhar as mudanças sociais acerca do conceito de família, abarcando novas formas de família, afastando a figura do pátrio poder e sua soberania econômica para contemplar o direito das famílias, das várias formas de constituição familiar. A disciplina do afeto e de valores morais são expressamente previstos em lei e incorporados como valor jurídico. Neste tocante, leciona Pereira:

> Também, no Brasil têm-se reconhecido outros atributos nas relações paterno-filiais. A afetividade invade a ciência jurídica transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos. Como o "respeito consideração mútuos" (Art. 1556º, V) e "lealdade e respeito" (Art. 1724º), o afeto e a tolerância hão de ser incorporados como valores jurídicos no âmbito das relações familiares[6]

Desta feita, o Código Civil de 2002 e legislação posteriores trouxeram à baila a instituição da afetividade como requisito à constituição de família. Referido reconhecimento não é aleatório, já que o estudo moderno dos direitos fundamentais e a aplicação recorrente nas decisões judiciais de princípios jurídicos para a solução de celeumas práticas promoveram um pensar diferente no legislador e nos aplicadores do direito.

A pluralidade de famílias, embora no contexto fático possui sua origem concomitante com a origem das família patriarcais, ganhou relevo e destaque legislativo apenas a partir da Constituição Federal de 1988, que rompeu com a tradicional forma – até então única existente em diplomas legais – constituída a partir do casamento civil/religioso heterossexual, para reconhecer a união estável e a família monoparental como formas legítimas de constituição familiar (Art. 226º, CF).

Distante de uma norma de rol taxativo, cuja limitação restringe-se àquelas formas delimitadas, a Constituição Federal ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" presente nas cartas anteriores, deixou margens às formas diversas de famílias. Rodrigo da Cunha Pereira, mencionando Paulo Luiz Netto Lobo, afirma que "a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação"[7]

Assim, ante as interpretações trazidas pela doutrina moderna, a legislação constitucional contempla as mais variadas formas de famílias, as quais, se configuram não mais e tão somente apenas por vínculos civis, mas e, principalmente, a partir da convivência, cooperação mútua e afeto. Afirma Rodrigo da Cunha Pereira sobre o tema:

[6] PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2010, p. 43.

[7] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. – 2. ed. - São Paulo:Saraiva,2012

ISSNe 2595-1602

> A família passou a ser predominantemente *locus* de afeto, de comunhão de amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família, eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que disso depende a própria sobrevivência da família, que é um meio para realização pessoal de seus membros. Um ideal em construção.[8]

Enfim, atualmente, o ordenamento jurídico acolhe a família plural, creditando validade à relação fulcrada no auxílio mútuo, afeto, cuidado e respeito, sem descurar dos vínculos biológicos. A pluralidade de famílias sustenta a multiparentalidade, cujo teor nos ocuparemos abaixo, aliada ao princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que o mundo fático do afeto alcance o mundo jurídico, unindo forças para a busca da felicidade do indivíduo. O centro da tutela constitucional se desloca, das entidades que, fundadas ou não no vínculo conjugal, livre e responsavelmente constituídas, contenham o pressuposto da tutela da dignidade da pessoa humana.[9]

Como mencionado no presente estudo, a família, com o passar dos tempos, gradativamente deslocou seu espaço de ente fundamentalmente patrimonial e de reprodução para assumir caráter de ente constituído, essencialmente, pelo afeto e cooperação mútuos entre seus personagens. Os casamentos, a partir do século XX, paulatinamente passaram a sair de cena como instituição movida pelo interesse e supremacia do masculino para se constituir a partir do amor. A liberdade antes não experimentada pelas mulheres passa a assumir contornos sociais ainda maiores, sendo ela a mola motriz para a escolha de constituir família por meio do casamento ou por meio de reprodução assistida, com pessoa do mesmo sexo ou até mesmo não constituir qualquer forma de família, estando os lares constituídos por apenas uma pessoa, também a tomar espaço na sociedade atual.

Maria Berenice Dias, ao discorrer sobre o tema, menciona que o princípio da afetividade está ainda atrelado ao direito fundamental à felicidade[10]

Segundo a autora, além da abstenção do Estado na ingerência das famílias, deverá haver ainda a promoção de políticas públicas com vistas à criação de instrumentos para que as pessoas alcancem a felicidade, por meio de instrumentos informativos que visem a informação do que é importante para a comunidade e para os indivíduos.

Assim como a liberdade para o casamento, assume, também, importante contorno no cenário atual, a liberdade para o divórcio. Caso os envolvidos entendem melhor, a constituição de novas núpcias e nova prole com o novo companheiro, gerando, assim, as famílias recompostas e, consequentemente, cenário fático para o reconhecimento da afetividade nas relações de parentalidade. Neste cenário, a importância da família está agora em ser, de acordo com Ricardo da Cunha Pereira, “o núcleo formador e estruturador do sujeito”[11]

---

[8] IBID., p. 200
[9] VALADARES, Maria Goreth Macedo. Uma Análise Jurídica da Pluriparentalidade: da Ficção para a Vida como ela É. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 31 (dez/jan. 2013). Ed. Magister, Porto Alegre, 2013..
[10] DIAS, 2009, p. 55.
[11] PEREIRA, Op.cit., p.218

ISSNe 2595-1602

Acerca da caracterização do afeto como princípio, continua mencionado autor:

> A afetividade é um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. Ele está implícito e construído nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares: o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), da solidariedade (Art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (Art. 227º,§6º), a adoção como escolha afetiva (Art. 227º,§§5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue ou por adoção (Art. 226º,§4º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (Art. 227º).[12]

Nessa toada de raciocínio, podemos até o momento concluir que a família tem experimentado inúmeras mudanças e configurações no decorrer dos tempos, por ser não exclusivamente um elemento genético, biológico, mas também, por ser um dado cultural e social, cuja caracterização está atualmente atrelada à afetividade, que se exterioriza por meio de ações concretas de ostensividade, cuidado, educação, imposição de limites, etc. A paternidade e maternidade, através dos tempos, também assume novos contornos ante o crescente número de famílias recompostas ou ainda de famílias com configurações diversas, em que padrastos e madrastas, por vezes avós e avôs, assumem a feição de pais por meio da posse de estado de pai e filho, revelando-se, por vezes, o vínculo socioafetivo mais marcante que o vínculo biológico, devendo o direito se ocupar dessas novas demandas marcadas, exclusivamente, pelo afeto e pelo amor, se desvinculando do antigo conceito da família patrimonial e biparental.

A família moderna protegida pelo ordenamento vigente festeja o reconhecimento legal da pluralidade das formas de família, que estende seus laços não apenas àquela organização consanguínea formada entre pais e filhos, mas também, àquelas formadas por indivíduos que mantêm entre si relação de afetividade, ostensividade e estabilidade.

É óbvio que a afetividade isolada não caracteriza uma entidade familiar, já que podemos observar laços de afetos entre amigos, professores, membros de uma comunidade, namorados e, nem por isso, tais relações, para o direito, são caracterizadas como família.

O reconhecimento de famílias paralelas é amplamente farto na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, pois ainda é comum a existência de uma família matrimonial e outra informal, coexistindo entre si e de forma pública. O Enunciado 4 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), menciona que “a constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico”.

O AFETO NA CONSTIUIÇÃO DAS FAMÍLIAS MOSAICO

Com o novo conceito da afetividade como norte para o reconhecimento de entidades familiares e a busca pela felicidade como realização maior do indivíduo,

[12] IBID, p. 219

ISSNe 2595-1602

trouxe a lume a conceituação de família eudemonista como sendo aquela que "busca a felicidade, como meio de emancipação de seus membros"[13]

A busca pela felicidade, atualmente, revela um novo arranjo familiar, do qual o direito não pode se imiscuir quanto à existência e os possíveis efeitos jurídicos, quais sejam, as famílias reconstituídas ou recompostas, que nos termos desenvolvidos por Giorgis:

> Como dito, uma das faces da sociedade moderna é a recomposição dos núcleos familiares, em que avulta o surgimento das famílias reconstituídas, recompostas ou refeitas, também consideradas uma segunda família. As pessoas separadas, divorciadas, viúvas ou que dissolveram união estável, com filhos da relação anterior, costumam reagrupar-se em teia de relações oriundas do espaço antigo que se associam a deveres frescos: são as famílias reconstituídas ou mistas, em que as entidades constitucionalizadas conjugam a obrigação de cada ninho (...) podem surgir situações típicas como a extensão do poder familiar em casa ora comandada por parceiro distinto; obediência aos filhos às ordens do padrasto ou madrasta; sustento à custa destes e não pela linhagem biológica; o direito de cogestão na educação de descendentes alheios e de herança ao patrimônio do companheiro da mãe; possibilidade de buscar alimentos do pai afetivo quando careça de fortuna genitor biológico solidário.[14]

O arranjo familiar das famílias recompostas surge da afetividade e a busca pela felicidade entre seus integrantes, já que não são unidos por vínculos consanguíneos. Neste passo, cada cônjuge ou parente é aliado ao parente do outro por laços de afinidade, que não se extinguem sequer com o fim da sociedade conjugal.

Tal a extensão do conceito moderno de família que a tradução da palavra no dicionário é transcrita como "pessoas unidas por laços de parentesco, pelo sangue ou por aliança"[15]

A convivência do lar e a afetividade que daí decorre geram a constituição de uma nova forma de família, cuja prole não pertence a ambos os consortes, sendo ou filhos de apenas um deles e composta, ainda, eventualmente, por filhos de ambos. Sobre o tema menciona Chaves:

> Assim pode-se afirmar que houve uma verdadeira reformulação na família. Hodiernamente, o modelo tradicional de família perdeu espaço com o aparecimento de uma "nova família". Uma das consequências mais importantes dessa metamorfose reside no fato do reconhecimento das mais diversas entidades familiares, entre elas as famílias reconstituídas, que resulta da multiplicidade das relações parentais oriundas das desuniões, dos divórcio, da separação, da reconstituição da vida afetiva por meio do casamento ou de relação paramatrimoniais. A especificidade desse modelo familiar origina-se na peculiar estrutura do núcleo, formado por pares em que um ou ambos

[13] IBID, p. 148
[14] DIAS, Op.cit., p.76/77
[15]FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio da língua portuguesa. Versão 5.0. Século XXI, Ed. Positivo, 2004.

ISSNe 2595-1602

> tiveram uniões ou casamentos anteriores. Trazem consigo para a nova entidade familiar, sua prole e, não raras vezes, tem filhos em comum.[16]

Assim, a adoção de um critério único (biológico ou afetivo) para a determinação da paternidade não mais se adequa à realidade, tampouco aborda o pluralismo familiar da sociedade brasileira. A filiação é, atualmente, reconhecida como uma relação que contempla diversas perspectivas e não mais o núcleo estático formado pelo pai, pela mãe e pelo(s) filho(s).

Nesse sentido, Dias[17] estabelece três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: jurídico, biológico e o socioafetivo.

Cumpre ressaltar que em certos casos há, inclusive, uma prevalência do afeto ao vínculo biológico. Como o afeto não é fruto da biologia, verifica-se que os seus laços derivam da convivência, não do sangue. O magistral Zeno Veloso afirmou, em uma de suas obras, que a paternidade reside antes no serviço e no amor do que na procriação.

Tamanha a importância de referidos arranjos familiares e a afetividade decorrente de tal modelo, que a Lei nº11.924/2009, representou um avanço no reconhecimento deste formato de família ao dispor que, havendo motivo ponderável, poderá o enteado ou enteada requerer ao juiz competente que seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, no registro de nascimento, desde que haja expressa concordância deste, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Tal lei, visou, preponderantemente, garantir o reconhecimento do afeto existente e a legitimação da "posse de estado de filho" que inúmeros padrastos e madrastas ostentam em relação a seus enteados, na sociedade.

Ao comentar referido dispositivo, Oliveira:

> A razão ética inspiradora do dispositivo está na socioafetividade que se estabelece na família ampliada ou extensa, em face de vínculos de afinidade do filho com o cônjuge ou o companheiro de um de seus pais, hipótese muito comum em casos de monoparentalidade ou de filho de pais descasados e com nova união de cunho familiar.[18]

A adoção do sobrenome do padrasto ou madrasta com a manutenção do sobrenome decorrente do vínculo biológico é a expressão máxima do reconhecimento da afetividade nas entidades familiares recompostas.

Acerca da afetividade existente nas famílias recompostas e o necessário reconhecimento do afeto por meio de ato registral, trazemos à baila excerto de julgado

[16] CHAVES. Marianna. A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas. DIAS, Op.cit., p. 487.
[17] IBID.
[18] OLIVEIRA. Euclides de. Com afim e com afeto, fiz meu nome predileto – Parentesco por afinidade gera afeto e direito ao nome do padrasto ou madrasta. DIAS, MARIA BERENICE. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 359.

ISSNe 2595-1602

proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo como relator o Desembargador Cesar Luiz de Almeida:

> De "outra origem", sem dúvida alguma, pode ser a filiação socioafetiva, que decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (Art. 226 º, § 3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (Art. 227 º, § 6º, CF). As relações familiares deitam raízes na Constituição da República, que tem como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), ou seja, como preleciona Jorge Miranda, 'na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado', além da formação de uma sociedade solidária (art. 3º)[19]

A partir do momento em que a nova concepção de Direito de Família se desvincula do objetivo de proteção ao patrimônio e volta-se à proteção das pessoas, inicia-se o reconhecimento das relações interpessoais que são existentes na sociedade, como é o caso mencionado.

Poderia, então, afirmar que a multiparentalidade é uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos por meio do reconhecimento jurídico da socioafetividade como característica fundamental para a filiação. Neste aspecto, comenta Silvia Maria Carbonera, citada por Coltro:

> o aspecto sócioafetivo no estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais. A incerteza presente na posse de estado de filho questiona fortemente a certeza da tecnologia. Ademais, a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que fornecer material genético[20].

ISSNe 2595-1602

Inegavelmente, os juízes e tribunais vêm decidindo de maneira positiva em diversos casos em que ocorre a multiparentalidade.

Ademais, o Artigo 1.593º do Código Civil define, "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Em uma visão hermenêutica, o dispositivo apresenta a percepção de que os laços afetivos são tão relevantes quanto os laços consanguíneos, o que se percebe na dicção "ou outra origem".

Em algumas situações, os laços afetivos tornam-se superiores aos laços consanguíneos, pois são aqueles que efetivamente concretizam a aparência de família: o amor mútuo, a ostensividade, o respeito e a solidariedade.

---

[19] SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº 0013071-51.2012.8.26.0066/São Paulo, Apelantes: Vivian Gardina e Augusto Bazanelli. Relator(a): Cesar Luiz de Almeida, 8ª Câmara de Direito Privado; d.j: 01/10/2014.
[20] COUTRO, Op.cit. p. 52

A MULTIPARENTALIDADE INSERIDA NO CONTEXTO JURÍDICO

Na contemporaneidade, embora venha se consolidando na doutrina o entendimento de que o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva deve ser primordial frente às demais formas filiais, tal assertiva é temerária, pois não há, na Constituição Federal, referência de primazia entre afetividade e consanguinidade.

Existem, assim, duas verdades reais: a biológica e a socioafetiva e ante o fenômeno da multiparentalidade, ambas poderão coexistir de forma harmônica com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente. No mais, "o direito não pode se escusar de proteger os envolvidos em casos de multiparentalidade e, muitas vezes, a exclusão de uma parentalidade acaba ferindo princípios constitucionais como a dignidade e a igualdade"[21]

Lembrando, por oportuno, o reconhecimento da multiparentalidade e, necessariamente, o reconhecimento da existência da usual família mosaico ou recomposta, formada a partir da união de duas famílias de formatos distintos preexistentes, coabitando no mesmo espaço familiar padrastro/madrasta, enteados de cada um e filhos do casal. A convivência do padrasto/madrasta com o enteado e o afeto decorrente dessa relação é que sustentarão o pedido de reconhecimento formal da multiparentalidade.

Ora, por óbvio que em um estudo detido e simplista da lei vigente, a Constituição Federal não previu senão três modelos de famílias, aos quais, paulatinamente, foram flexibilizadas e acolhidas novas entidades familiares no cenário jurídico, por meio das fontes do direito.

O reconhecimento das famílias mosaico e, consequentemente, da multiparentalidade justifica-se no princípio de maior hierarquia axiológica valorativa, seja o princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, o princípio norteador do Direito de Família, a afetividade. Comentando a importância dos referidos princípios aplicados ao Direito de Família, leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

> A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade. É, portanto, uma coleção de princípios éticos (...) Dignidade humana tornou-se um princípio constitucional. Assim como o afeto, que era valor jurídico, passou a ser princípio. E estes princípios, inserido na Carta Magna de 1988 são os norteadores de toda a estrutura jurídica da família. Essa é a grande diferença. A partir desses novos paradigmas, temos que entender e organizar a família. E o Código Civil não atende a todas as demandas da família contemporânea. Daí a importância de resgatarmos uma principiologia para o Direito de Família. Com os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana podemos

[21] VALADARES, Op.cit.,p.125.

ISSNe 2595-1602

> preencher lacunas, onde não há leis que tratem de algumas questões. Podem ser o guia de todo o Direito de Família[22]

Ademais, há de se considerar que a existência de uma paternidade/maternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o genitor biológico, quanto as suas obrigações morais e patrimoniais, mantendo-se incólume a responsabilidade do pai/mãe biológico.

O ideal seria que todos os critérios de filiação, quais sejam o registral, o biológico e o afetivo, coincidissem em um único sujeito, vindo uma mesma pessoa a desempenhar a função parental na vida da criança.

Todavia, diante da realidade que se verifica na sociedade contemporânea, observa-se um número cada vez maior de situações em que tal coincidência não se dá, cabendo, então, ao direito prever mecanismos para melhor regular essas situações, conferindo segurança jurídica aos envolvidos nessas relações e, em especial, às crianças, muitas vezes vítimas de disputas judiciais.

Para melhor compreensão do tema, vejamos o caso da sentença prolatada pela juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, citada no artigo do eminente doutrinador Flávio Tartuce intitulado "O Princípio da afetividade no Direito de Família"[23]. Discorrendo acerca do vínculo afetivo existente entre a criança e o pai afetivo, a Juíza destacou:

> [...] a pretendida declaração de inexistência do vínculo parental entre a autora e o pai registro afetivo fatalmente prejudicará seu interesse, que se diga, tem prioridade absoluta, e assim também afronta a dignidade da pessoa humana. Não há motivo para ignorar o liame socioafetivo estabelecido durante anos na vida de uma criança, que cresceu e manteve o estado de filha com outra pessoa que não o seu pai biológico, sem se atentar para a evolução do conceito jurídico de filiação, como muito bem ponderou a representante do Ministério Público em seu laborioso estudo.

E continua na parte dispositiva da sentença:

> Serve a presente de mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil de Pessoais Naturais de Jaru/RO, para acrescentar no assento de nascimento nº. 45.767, fl. 184 do Livro A-097, o nome de [...] na condição de genitor, e de seus pais na qualidade de avós paternos, sem prejuízo da paternidade já reconhecida por [...], passando a autora a chamar-se: [...].

Desta feita, a sentença ora examinada pelo artigo mencionado, reconheceu a uma criança o direito à dupla paternidade, erigindo a afetividade, também, como requisito à filiação e, de modo acertado, garantindo ao infante o direito a permanecer filho de quem sempre, assim, o considerou.

---

[22] FERREIRA; RORHMANN. Jussara Suzi Assis Borges Nasser e Konstanze.Famílias Pluriparentais ou Mosaicos, In: Congresso Brasileiro do Direito de Família, 05, 2005, Belo Horizonte, Anais, São Paulo, IOB Thomson, 2006, p. 517.

[23] TARTUCE.Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família. Fato Notório, O seu informativo jurídico. Disponível em http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/246/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia

ISSNe 2595-1602

Discorrendo acerca do afeto como princípio jurídico, leciona Flavio Tartuce:

> O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do texto maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. [24]

Caracterizando, o afeto, vejamos a lição de PESSANHA:

> Afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa.[25]

O Superior Tribunal de Justiça, em um de seus julgados, declarou a importância da filiação socioafetiva e a importância de seu reconhecimento:

> A filiação socioafetiva (...), ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea (...), arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família[26]

Inquestionavelmente ao se legalizar a multiparentalidade, passa, então, a trazer efeitos, não só no cotidiano da vida da família, que se sente realizada, pois conseguiu tornar existente na área jurídica o que já existia na realidade fática, mas também acarreta efeitos jurídicos. Ainda, através da inclusão do pai socioafetivo no registro de nascimento, se estabelece a filiação do filho em relação a este em conjunto com os pais biológicos, bem como todos os seus efeitos.

Oportuno, por derradeiro, trazer à discussão o reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em votação no Plenário Virtual, em tema que discute a prevalência, ou não, da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A questão chegou à Corte por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186[27], interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que inadmitiu a remessa do recurso extraordinário para o STF.

No processo, foi requerida a anulação de registro de nascimento feito pelos avós paternos, como se estes fossem os pais, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico. Vejamos o teor do *decisum,* que reconheceu a repercussão geral do tema:

---

[24] TARTUCE,FLÁVIO. Manual de Direito Civil:volume único. 2.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 1036.

[25] PESSANHA. Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. Disponível em < file:///C:/Users/User/Downloads/Afetividade+19_12_2011%20(1).pdf>acesso em set 2015.

[26] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº1087.163/Rio de Janeiro. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 18/08/2011.

[27] BRASÍL, STF - ARE: 692186 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/03/2013. Data de Publicação: DJe-051 DIVULG 15/03/2013 PUBLIC 18/03/2013.

ISSNe 2595-1602

> [...] Em primeira instância, a ação foi julgada procedente e este entendimento foi mantido pela segunda instância e pelo STJ. No recurso interposto ao Supremo, os demais herdeiros do pai biológico alegam que a decisão do STJ, ao preferir a realidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, sem priorizar as relações de família que têm por base o afeto, afronta o Artigo 226º, caput, da Constituição Federal, segundo o qual "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. O relator do recurso, ministro Luiz Fux, levou a matéria ao exame do Plenário Virtual por entender que o tema - a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica - é relevante sob os pontos de vista econômico, jurídico e social. Por maioria, os ministros seguiram o relator e reconheceram a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

O STJ ao se manifestar sobre a afetividade nas relações familiares, em um de seu julgados, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi proferido o seguinte trecho em seu voto:

> Ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. – Com fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.[28]

ISSNe 2595-1602

Assim, paulatinamente, os juízes e desembargadores promovem interpretação favorável ao reconhecimento da dupla filiação com base no princípio da afetividade, bem como estendem a afetividade como mola vetor para as decisões no âmbito do direito de família, promovendo o bem-estar social e a constância da célula mãe da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de família deve buscar a criação de meios para o reconhecimento dessas relações no campo jurídico e, conjuntamente, a efetivação dos direitos dos sujeitos envolvidos, quando estes, em função da omissão do direito, são prejudicados.

A multiparentalidade e o reconhecimento do afeto não se tratam nada mais do que a legitimação da paternidade/maternidade fática, sem que para isso, se desconsiderem os pais biológicos.

Essa modalidade de parentesco e de filiação, atualmente, é aceita em nossa jurisprudência e doutrina, tanto do STJ quanto dos tribunais estaduais após um trabalho hercúleo da doutrina brasileira, que desde o fim da década de 70, já se manifestava no sentido de que se reconhecesse a importância do afeto nas relações familiares.

[28] Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. N. 1.000.356 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3º turma, publ. 07/06/2010

É possível inferir que ocorre o surgimento de um novo vínculo familiar, no qual diferentes pais e mães convivem de forma harmônica, cujo principal interesse é a educação satisfatória da criança ou adolescente. É preciso, por óbvio, analisar o caso com base nos princípios éticos do respeito à autonomia, da não-maleficência; da beneficência e da Justiça.

REFERENCIAL

COLTRO. Antonio Carlos Mathias e PEREIRA. Tania da Silva. A socioafetividade e o cuidado: o direito de acrescer o sobrenome do padrasto.

DIAS, MARIA BERENICE. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Conferência Magna: Princípio da Solidariedade Familiar.In:*Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família,* realizado em Belo Horizonte. Rio de Janeiro:IBDFAM/Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio da língua portuguesa. Versão 5.0. Século XXI, Ed. Positivo, 2004.

FERREIRA; RORHMANN. Jussara Suzi Assis Borges Nasser e Konstanze.Famílias Pluriparentais ou Mosaicos, In: Congresso Brasileiro do Direito de Família, 05, 2005, Belo Horizonte, Anais, São Paulo, IOB Thomson, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto.Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família— 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

OLIVEIRA. Euclides de. Com afim e com afeto, fiz meu nome predileto – Parentesco por afinidade gera afeto e direito ao nome do padrasto ou madrasta. DIAS, MARIA

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2010.

TARTUCE,FLÁVIO. Manual de Direito Civil:volume único. 2.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. Uma Análise Jurídica da Pluriparentalidade: da Ficção para a Vida como ela É. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 31 (dez/jan. 2013). Ed. Magister, Porto Alegre, 2013.

_____. Multiparentalidade e as novas relações parentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2016.

Artigos eletrônicos

TARTUCE.Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família. Fato Notório, O seu informativo jurídico. Disponível em <http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/246/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> Acesso em: jun.2019

TELLES.Bolivar da Silva. O direito de família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada. Porto Alegre. 2011 Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf>Acesso em mai.2019

ISSNe 2595-1602

PESSANHA. Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. Disponível em<file:///C:/Users/User/Downloads/Afetividade+19_12_2011%20(1).pdf> Acesso em set 2018.

SANTOS, José Neves dos. Multiparentalidade: reconhecimento e efeitos jurídicos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4093, 15 set. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29422>. Acesso em: set. 2018.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019> Acesso em ago.2018.

Legislação

BRASIL. Constituição (1984). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

_____.Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Lei n. 4.121, 27 de agosto de 1962: Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada: Código Civil Brasileiro. In: Código Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977: Dispõe os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. In: Código Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.DOU 11.01.2002

_____. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. In: BRASIL. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

Documento Jurídico em meio eletrônico

PARANÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação Cível nº1244540-2/Curitiba. Apelante: S. DE F. L. L. Apelado: L. G. e outro - Relatora: Desembargadora Denise Kruger Pereira, 04 de fevereiro de 2014. Disponível em https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11841840/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1244540-2;jsessionid=0f97fb39b65b5c9321c7e9b3fe08. Acesso em:30 jul.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.2649- Distrito Federal. Requerente: ABRATI. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Carmem Lucia. Brasilia, 08/05/2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517. Acesso em 30 jul. 2017.

ISSNe 2595-1602

BRASÍL, STF - ARE: 692186 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/03/2013. Data de Publicação: DJe-051 DIVULG 15/03/2013 PUBLIC 18/03/2013. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. N. 1.000.356 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3º turma, publ. 07/06/2010

ISSNe 2595-1602

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Responsabilidade civil

Mylene Medeiros Dutra[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo conceituar a teoria da perda de uma chance na esfera da responsabilidade civil e seus aspectos tradicionalmente considerados, pontuando as premissas mais importantes quando da aplicação da teoria à seara médica, tema bastante controvertido na doutrina clássica. A perda de uma chance nasceu no direito europeu e consubstancia-se na possibilidade de reparação civil decorrente da perda da oportunidade de obter uma vantagem esperada ou evitar certo prejuízo. Já na esfera da responsabilidade civil médica, recebeu o nome de perda da chance de cura ou sobrevivência. O tema, relativamente novo, não possui previsão legal no direito pátrio, contudo vem conquistando seu espaço entre a doutrina e tribunais brasileiros. Assim, o objetivo do presente artigo é abordar a teoria da perda de uma chance e seus efeitos, precisamente, quando aplicada à responsabilidade civil médica.

Palavras-chave: Direito civil. Perda de uma chance. Responsabilidade civil médica.

ISSNe 2595-1602

[1] Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós-graduanda em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade de Direito Damásio Educacional. E-mail: mylenedutra.adv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

As transformações sociais experimentadas pela sociedade moderna, ao longo do último século, incitaram o surgimento e expansão de novos danos indenizáveis, visando, sobretudo, a reparação integral do prejuízo injustamente suportado pela vítima, nas mais diversas situações.

Assim, alinhada às novas tendências, surge, no cenário internacional, a perspectiva de responsabilidade civil pela perda de uma chance, que nada mais é do que reparação pela chance frustrada, em virtude do comportamento de outrem, de alcançar determinada vantagem ou de evitar certo prejuízo.

O instituto, amplamente abordado e discutido por doutrinadores brasileiros e estrangeiros, abrange diversas espécies e campos de aplicação, sendo um deles, a perda da chance de cura ou sobrevivência, bem como a perda da chance pela falha no dever de informação, teses muito aplicadas no que concerne à responsabilidade civil médica.

Em outras palavras, o médico, dentro da sua esfera de atuação, pode ser responsabilizado por retirar do paciente a chance deste de se curar, ou de sobreviver a determinada doença, em virtude de uma atuação negligente durante o tratamento ou, ainda, de um diagnóstico equivocado ou tardio? A falha no dever de informar, adequadamente, sobre os riscos do procedimento gera o dever de indenizar pela perda da chance do paciente ter sido melhor informado e, portanto, ter tomado outra decisão? Trata-se de uma chance abstrata ou concreta no campo da responsabilidade civil?

Assim, feitos estes questionamentos, é que se passa a discorrer, nas linhas que seguem, acerca desta nova tendência de reparação civil.

2 MÉTODO E OBJETIVO

O método utilizado para a elaboração do presente estudo foi o método dedutivo, analisando de forma cautelosa diversos posicionamentos doutrinários, tanto nacionais quanto estrangeiros, bem como entendimentos jurisprudenciais acerca do tema abordado. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica, doutrinas, artigos científicos, e pesquisas jurisprudenciais. O objetivo da pesquisa é alinhar os conceitos da teoria da perda de uma chance, teoria nascida no direito europeu, aos casos práticos de responsabilidade civil médica, suas premissas e dificuldades de aplicação, além de entendimentos distintos entre os doutrinadores no tocante ao tema.

ISSNe 2595-1602

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS

A perda de uma chance pode ser definida como uma teoria que enseja bastante inquietação na gênese da responsabilidade civil. Aos olhos de Muriel Fabre-Magnan, professora da Escola de Direito da Sorbonne, Universidade de Paris, e autora do prefácio da obra de Carnaúba (2013), é uma noção complexa, que ainda perturba muitos estudiosos e divide a doutrina. Ela refere-se ao dano, mas, na seara médica, não revelaria uma incerteza sobre o nexo de causalidade? É possível utilizá-la na reparação parcial do dano ocorrido ou ser empregada no âmbito do descumprimento do dever de informação? Essas são algumas das questões intrincadas sobre a matéria e o consenso não se estabelece.

Para reconhecer a chance perdida enquanto bem passível de proteção jurídica, é necessária a compreensão de sua terminologia e conceito jurídico. Assim é que Amaral (2015, p. 65), em sua obra - fruto de sua tese de doutorado – esclarece que a perda de uma chance se traduz na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou uma vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso".

Para Farias (2018), a perda de uma chance consiste em uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto. O autor elucida que se trata de construção doutrinária e jurisprudencial do direito francês – *perte d'une chance* –, sem esquecer da contribuição da *common law* ao estabelecer parâmetros estatísticos que possam auxiliar na fixação da reparação pela perda de uma chance.

Por sua vez, Noronha (2010), ao discorrer sobre a temática, reafirma que a chance perdida – seja de obter uma vantagem futura ou evitar um prejuízo efetivamente ocorrido – caracteriza um dano que será reparável quando reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Nesse sentido, acentua:

> Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração de oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou (NORONHA, 2010, p. 695).

Ambas as modalidades de perda de uma chance, segundo o autor, possuem como ponto de referência inicial um momento do passado, em que existia a oportunidade agora frustrada, de maneira que a partir de então é que se passa a fazer projeções sobre o que viria a ocorrer, se não fosse o fato antijurídico verificado.

ISSNe 2595-1602

De todo modo, só se viabiliza a teoria da perda de uma chance a partir do momento em que conceituamos o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, como a lesão a um interesse concreto merecedor de tutela (FARIAS, 2018, p. 925).

Nesse sentido, Amaral (2015) esclarece que a determinação da natureza jurídica do dano pela perda da chance está vinculada ao interesse ao qual o processo aleatório está relacionado, isto é:

> Quando a vítima se encontra em um processo aleatório na defesa ou na busca de um objetivo que se apresenta como um interesse de caráter expatrimonial, o dano pela perda da chance será de natureza extrapatrimonial. Ao contrário, quando o lesado se insere em um processo aleatório e visa, ao final dele, obter uma vantagem que lhe trará acréscimo evidentemente patrimonial, o dano causado pela interrupção da sequência dos acontecimentos, que prive o indivíduo da chance da qual ele já desfrutava, terá natureza de dano patrimonial e como tal deverá ser ressarcido (AMARAL, 2015, p. 127).

Assim, observa-se que a teoria da perda de uma chance surge justamente para flexibilizar os conceitos tradicionais de que os danos, para serem indenizáveis, devem ser diretos e imediatos. Todavia, como bem destacado por Farias (2018), as chances não equivalem a expectativas meramente subjetivas, uma vez que danos hipotéticos não são indenizáveis. A expressão deve ser compreendida, portanto, na perspectiva de lesão a interesse concretamente merecedor de tutela.

Em suas palavras, “a perda de uma chance será ressarcível na ponderação entre a situação do lesante e do lesado, ao se concluir que o interesse violado é digno de proteção – não em abstrato, mas em concreto – face ao interesse que lhe contrapõe” (FARIAS, 2018, p. 926).

Por fim, Carnaúba (2013) ressalta a complexidade que norteia a teoria da perda de uma chance quando aplicada ao caso concreto, a qual demanda técnicas minuciosas de análise, sem as quais certamente poderiam ocorrer injustiças em sua aplicação.

Segundo o jurista, inúmeras são as contradições existentes entre o direito e a álea, as quais só podem ser respondidas com a utilização de técnica dogmática. De toda sorte, salienta que “a ordem jurídica jamais poderia valer-se da incerteza para esquivar-se de uma decisão, razão pela qual a responsabilidade deve conter regras compatíveis com o acaso, capazes de dirimir questões afetas à realidade factual” (CARNAÚBA, 2013, p. 10).

4 A PERDA DE UMA CHANCE QUANDO APLICADA À RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

ISSNe 2595-1602

A aplicabilidade da teoria da perda de uma chance à esfera da responsabilidade civil médica é matéria bastante controvertida e debatida entre a doutrina tradicional. Isso ocorre em virtude da dificuldade de se estabelecer, muitas vezes, se a atuação ou omissão do médico em determinado caso concreto, teria, de fato, contribuído para o resultado danoso experimentado pela vítima ao final daquele processo aleatório.

Nesse contexto, Cavalieri Filho (2014) elucida, que na seara médica, a teoria recebeu o nome de perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, na qual o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Isso quer dizer que o que se perde, efetivamente, é a chance da cura – a qual pode ser indenizada –, e não a continuidade da vida.

De inspiração francesa, a perda de uma chance de cura ou sobrevivência possibilita ao lesado o suporte jurídico necessário para pleitear indenizações em caso de frustração do atendimento médico que a possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura. Para sua procedência, é preciso que estejam devidamente demonstradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade de cura e sua relação de causalidade direta com os atos praticados pelo médico desidioso (MELO, 2014, p. 25).

Sabe-se que o médico não possui a obrigação de curar o paciente, mas sim de aplicar todo seu conhecimento e técnica de sua profissão a serviço deste, agindo com zelo e propiciando-lhe todas as oportunidades de obter a cura ou a sobrevivência. Contudo, o autor enfatiza:

> Se os cuidados prestados forem deficientes ou falhos e, em razão disso, o paciente venha a perder a oportunidade que teria de se curar ou sobreviver, torna-se imperioso responsabilizar o médico faltoso, embora não se possa ter certeza quanto a cura ou sobrevivência daquela pessoa, chances de cura ou sobrevivência poderia ela ter se fosse tratada de forma correta e em tempo hábil (MELO, 2014, p. 26).

Para ilustrar o tema, Noronha (2010) traz à baila um exemplo característico da chamada perda de chance de cura ou de sobrevida: o paciente que ficou definitivamente inválido ou que veio a óbito porque o médico cometeu um erro de diagnóstico ou de tratamento. Nesses casos, poderia ocorrer de o paciente ficar inválido ou falecer da mesma forma, no entanto, com o erro, as chances de que isso acontecesse se mostraram significativamente maiores. Não obstante, essa nova perspectiva de aplicação da teoria encontrou forte resistência por parte dos estudiosos.

O autor traz à baila breve histórico do cenário estrangeiro, no qual expressiva parcela da doutrina francesa, incluindo autores como Jean Penneau, Yvonne Lambert-Faivre e René Savatier, rechaçaram a possibilidade de se invocar a perda de uma chance na seara médica. Para eles, todo problema se resume a uma

ISSNe 2595-1602

questão de existência de nexo de causalidade: ou se prova que a falha terapêutica contribuiu efetivamente para o dano, sendo o médico responsável pela integralidade dele, ou não se faz prova cabal dessa relação de causa e efeito, devendo o mesmo ser absolvido.

Segundo Carnaúba (2013), René Savatier pode ser considerado como o principal adversário da reparação de chances na seara médica. O autor francês defendia que a perda de uma chance, tradicionalmente conhecida, trata da frustração de uma suposição legítima sobre o futuro. Ocorre que a situação mudaria por completo nas hipóteses em que a pretensa chance tratasse da cura de uma doença ou outra enfermidade qualquer, em que a chance perdida estaria no passado. Nas palavras do jurista, citado por Carnaúba:

> Pretendemos que o médico repare as chances que o paciente teria para evitar a morte ou a enfermidade da qual ele sofre de forma definitiva, caso o médico não tivesse cometido a imprudência ou a negligência e ele imputada. Ora, o destino já o decidiu. Por definição, a enfermidade ou a morte já acorreram. Não se trata mais de chances, mas de fatos concretizados.

Tal vertente doutrinária, consoante esclarece Silva (2013), sustenta suas críticas na impossibilidade de se perquirirem as chances após o término do processo aleatório, uma vez que a análise das chances perdidas não mais seria uma suposição em direção ao futuro e a um evento cujo resultado era desconhecido, mas tão somente uma análise posterior de fatos já ocorridos.

Assim, para estes juristas, a reparação de chances de cura não seria nada mais do que um mero artifício empregado pelos juízes quando não fosse possível identificar a presença clara do liame causal, concedendo, portanto, indenização em virtude de um prejuízo intermediário inexistente, fixado em patamar inferior àquele que a vítima teria por direito na hipótese de restituição integral.

De modo diverso, o Mestre Ruy Rosado, citado por Melo (2014), defende que a jurisprudência francesa tem aceitado a teoria da perda de uma chance na seara médica até como forma de superação da dificuldade quanto à prova do nexo de causalidade. O autor narra o caso de um julgamento ocorrido, em 1965, no qual a Corte de Cassação admitiu a responsabilidade médica porque o erro de diagnóstico levou a tratamento errado, privando a vítima da chance de cura. Em verdade, de acordo com a teoria, o juiz não está seguro de que o evento teria ocorrido pela ação do médico, mas a falta facilitou a superveniência do resultado lesivo advindo.

No mesmo norte, Carnaúba (2013) afirma que a distinção entre chances futuras e chances passadas não se mostra convincente, razão pela qual entende não existir qualquer diferença entre os casos tradicionais de perda de chances e os casos de perda de chance de cura. Neste diapasão, ao tratar do nexo de causalidade, salienta:

ISSNe 2595-1602

> A dificuldade de se estabelecer um liame causal não constitui uma peculiaridade da perda de chance de cura. Na verdade, a causalidade nunca está presente nos casos de perda de chance, quer trate-se de um caso de perda de chance médica, quer não. Qualquer que seja o exemplo analisado, não é possível determinar se a perda da vantagem seria evitada caso o réu tivesse adotado uma conduta diversa. E disso decorre um inevitável dilema causal (CARNAÚBA, 2013, p. 141).

Todavia, ao mesmo tempo em que defende a aplicabilidade do instituto à responsabilidade civil médica, o autor também impõe a necessidade de se estabelecer um limite ao conceito, a fim de evitar o constante uso indiscriminado da técnica.

Sob esse viés é que aborda os casos concebidos no contexto da pluralidade de riscos, nos quais não se pode afirmar, com certeza, se a causa efetiva do dano decorreu da conduta culposa do médico ou da evolução da própria doença. Nestas circunstâncias, a reparação de chances não poderia ser aplicada, em virtude da inexistência de nexo causal entre a chance perdida e o fato imputado ao réu:

> Em verdade, é possível que o ato do réu tenha participado do encadeamento causal e, nessa hipótese, o erro médico seria a causa jurídica dos prejuízos sofridos pelo paciente. Mas é igualmente possível que tal fato não tenha exercido nenhuma influência na concretização do dano. Nesse caso, negligência e prejuízo seriam simplesmente concomitantes, não havendo qualquer relação entre os dois (CARNAÚBA, 2013, p. 156).

De outra banda, Noronha (2010) reconhece ser possível a ocorrência de pluralidade de riscos no caso concreto, entretanto, pensa que tal circunstância não seria motivo suficiente para negar a aplicabilidade da perda da chance de cura ou sobrevivência:

> Se só um dos fatores estivesse em questão, não haveria dúvida de que ele seria a causa do dano. Mas pela circunstância de em vez de um, termos dois fatos que igualmente poderiam ter causado esse dano, não se pode dizer que o nexo de causalidade fique excluído. Tanto a evolução da doença como o erro médico reúnem as condições indispensáveis para poderem ser considerados causa adequada do dano sofrido pelo paciente. Um tratamento adequado poderia ter interrompido o processo danoso que estava em curso e poderia conduzir ao resultado almejado, a cura ou as melhoras do paciente. Nestas circunstâncias, o ato terapêutico inadequado não pode ser tido como todo indiferente ao dano acontecido: como sabemos, para que um fato possa ser tido como causa adequada, basta que ele crie séria possibilidade de ocorrência do dano (NORONHA 2010, p. 713).

Vale ressaltar, nesse contexto, que não é qualquer falha médica que deve ensejar a reparação civil pela perda de uma chance, como bem pontuado por Grácia

ISSNe 2595-1602

Cristina Moreira do Rosário, Mestre em Direito e juíza do estado do Rio Grande do Sul:

> Não é uma falha qualquer que deflagra a obrigação de reparar o dano. Deverá tratar-se de um atuar negligente, pois se assim não se visualizar, será impraticável o agir do profissional de medicina, já que o médico lida com o corpo e com a mente humanos, que compõem um círculo frágil, tendo em vista os segredos não revelados pelo próprio corpo do homem. Cabe à ciência se sentir à vontade para labutar nas pesquisas que buscam a cura de diversas doenças, desde que os agentes atuem com diligência e prudência, observando o dever de cuidado (ROSÁRIO, 2008, p. 185).

Como se pode observar, acirradas se mostram as controvérsias quando se trata da teoria da perda de uma chance aplicada aos casos de responsabilidade civil médica e seus efeitos práticos.

3.1 A REPARAÇÃO DAS CHANCES EM RAZÃO DO DESRESPEITO AO DEVER DE INFORMAÇÃO

A chamada perda de uma chance por falta de informação diz respeito à frustração da oportunidade da vítima de tomar uma decisão mais esclarecida, devido à ocorrência da quebra do dever de informar que caía sobre outra pessoa (NORONHA 2010, p.701). Noutras palavras, ocorre quando alguém sofre um dano por não ter tomado a decisão mais acertada, que estaria a seu alcance caso outra pessoa tivesse cumprido o dever que lhe incumbia, de informar ou aconselhar a vítima.

Como bem acentuado por Carnaúba (2013), a questão emerge novamente na responsabilidade médica, já que todo médico está legalmente obrigado a informar seu paciente acerca dos riscos inerentes ao tratamento proposto.

Nessa seara, deve-se atentar para uma questão importante: Silva (2013) esclarece que sempre que existir causalidade direta entre a falta de informação e o dano final sofrido pela vítima, não há que se falar em responsabilidade por perda de uma chance. O autor traz à baila o exemplo de um trabalhador que sofre grave descarga elétrica enquanto utiliza uma máquina devido a uma informação inadequada de seu fabricante. Neste caso, a informação defeituosa é que causou o próprio dano final.

Na mesma vertente, é o entendimento de Fernando Noronha:

> Nas hipóteses em que o risco de dano tivesse sido eliminado se a informação devida houvesse sido prestada, a responsabilidade da pessoa obrigada à informação será plena: ela incorrerá na obrigação de reparar todos os danos sofridos pelo lesado; neste caso, não se

ISSNe 2595-1602

> poderá falar propriamente em responsabilidade por perda de chance (NORONHA, 2010, p. 715).

Para clarear a compreensão do tema, Daniel Carnaúba encontra o ponto-chave que caracteriza tal modalidade de perda de uma chance, no entanto, realça a dificuldade de sua aplicabilidade no caso concreto:

> Esses litígios, envolvem, em seu cerne, uma dúvida quanto à decisão que seria tomada pela vítima: mais bem informada, ela mudaria de opinião, evitando assim a realização do prejuízo? Essa incerteza sobre a possível decisão da vítima dificulta a constatação de um prejuízo certo – não é possível afirmar que a situação da vítima teria sido melhor caso a informação fosse fornecida –, como também a constatação de um nexo causal entre a omissão do réu e o pretenso prejuízo da vítima (CARNAÚBA, 2013, p. 150)

Por essas e outras razões é que autores franceses, também, rechaçaram a aplicação da teoria da perda de uma chance pela quebra do dever de informação, como salientado por Silva (2013). Certo é que não se pode afirmar que a vítima, melhor informada, teria tomado atitude diversa para evitar o dano.

Não obstante, Carnaúba (2013) destaca a existência de julgados que fazem uso da técnica de reparação de chances em casos como esses: há quem entenda que a falha na informação teria privado a vítima da chance de tomar uma decisão mais esclarecida, o que poderia, possivelmente, ter evitado o dano. Por sua vez, a indenização devida pelo réu terá a exata medida da chance perdida.

O autor, de forma pertinente, mais uma vez, remete o leitor ao caráter subjetivo da álea, que deve ser analisada com a devida cautela. Nos exemplos mencionados, o evento litigioso reporta-se à decisão que a vítima teria tomado diante da informação omitida. Neste cenário, o que se percebe é que a suposta decisão é aleatória para quase todos os indivíduos, salvo para a própria vítima:

> Em princípio, o juiz poderia afirmar que a possível decisão é um elemento desconhecido, logo, aleatório. E ele não teria mentido. A escolha da vítima é efetivamente aleatória para o juiz, para o réu e os demais indivíduos estranhos ao litígio. Como toda escolha reporta-se à vontade íntima daquele que deve escolher, esse fato escapa ao conhecimento do resto da humanidade. Mas esse mesmo juiz jamais poderá afirmar que a eventual decisão da vítima é um elemento desconhecido para ela mesma. Tal afirmação seria logicamente absurda: para a vítima, a vontade em questão não representa qualquer mistério. Ela é a única pessoa que controla essa álea e que pode afirmar, com segurança, se a informação ocultada teria ou não mudado sua opinião (CARNAÚBA, 2013, p. 152).

ISSNe 2595-1602

Com efeito, é evidente que esta modalidade de perda de uma chance encontra certa resistência na doutrina tradicional, tanto nacional quanto estrangeira, devido à grande dificuldade de se estabelecer os critérios específicos afetos ao instituto.

Não obstante as críticas, é possível encontrar registros na jurisprudência que se valem da técnica de reparação de chances para indenizar a quebra do dever de informação. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação de uma médica cirurgiã que adotou técnicas cirúrgicas sem informar, adequadamente, ao paciente sobre a escolha realizada e os riscos inerentes, retirando-lhe, portanto, ante a falta de informação adequada, a chance de optar pela não realização do procedimento cirúrgico:

> RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO – FALTA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA – MÉDICACIRURGIÃ QUE NÃO SEGUE SUGESTÃO DO MÉDICO DA AUTORA E ADOTA OUTRA TÉCNICA CIRURGICA SEM INFORMAR ADEQUADAMENTE A PACIENTE SOBRE A ESCOLHA REALIZADA E OS RISCOS INERENTES – TÉCNICA ESCOLHIDA QUE APRESENTAVA MAIOR RISCO DE RECIDIVA DO QUE A TÉCNICA SUGERIDA – RECIDIVA EFETIVADA – PERDA DE UMA CHANCE – DEVER DE INDENIZAR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SENTENÇA MANTIDA. A autonomia do médico coexiste com a autonomia do paciente. Em razão disso, é dever do médico dar todas as informações necessárias ao paciente, esclarecendo todas as dúvidas sobre o procedimento e o pós-operatório, com ênfase, no caso, para os riscos de recidiva, que vem a ser o maior problema no tratamento de pterígio. (AC n. 0008253-82.2011.8.26.0004. Juiz relator: Alexandre Coelho. Julgado em 25.11.2015.)

No mesmo sentido é o posicionamento da juíza Grácia Cristina Moreira do Rosário:

> A informação dos riscos do ato médico deve relacionar-se àqueles normalmente verificados na prática; deve ser honesta, desobstruída e apropriada. Em segundo lugar, deve trazer detalhadamente as informações incidentais do tratamento ou das continuações do ato médico. É o mesmo no que diz respeito aos riscos para as intervenções estéticas. Depois da informação, o consentimento deve ser coletado, não podendo ser ignorado que é uma liberdade fundamental do indivíduo recusar qualquer intervenção sobre o seu corpo (ROSÁRIO, 2008, p. 168).

Portanto, verifica-se que a falha no dever de informação, também, pode gerar seus efeitos na responsabilidade civil médica, utilizando-se da teoria da perda de uma chance, a qual, no viés aqui abordado, pode ser traduzida como a perda da chance de um paciente ser corretamente informado pelo profissional da medicina,

ISSNe 2595-1602

acerca dos procedimentos adotados e os riscos a ele inerentes, além dos efeitos colaterais e adversos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário atual do instituto da responsabilidade civil, propício para o surgimento de novos danos indenizáveis, a teoria da perda de uma chance conquistou o seu espaço, permitindo a responsabilização civil do agente que frustrar a chance de alguém de obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo.

Nascida em terreno europeu, a teoria pode ser aplicada em inúmeras situações distintas, desde que presentes os seus pressupostos perante a real chance perdida e probabilidades em relação à vantagem esperada ou o prejuízo a ser evitado.

Ao adentrar o campo referente à responsabilidade civil médica, observa-se grande divergência na doutrina nacional e estrangeira no que se refere à aplicabilidade da chamada perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Isso porque existe uma grande dificuldade de se verificar, no caso concreto, se o erro médico, a conduta negligente ou o diagnóstico tardio foram, de fato, os responsáveis pela perda da chance do paciente de ter se curado ou sobrevivido àquela enfermidade.

Em verdade, nessa espécie de perda de uma chance, a possibilidade de cura já se encontra no passado, e não mais em uma projeção de futuro, que acabou por não ocorrer em virtude de comportamento de terceiro que interrompeu o processo aleatório, dificultando a verificação do efetivo nexo de causalidade. Não há como se ter uma certeza absoluta, de que determinada conduta do profissional teria evitado a piora ou até a morte do paciente, salvo nos casos de nexo causal evidente, nos quais o médico será então responsabilizado pelo dano direto, e não mais pela perda da chance de curar o paciente, por meio de um diagnóstico mais célere, por exemplo, que representaria um nexo de causalidade mitigado.

A maior parte da doutrina francesa rechaçou tal aplicação da teoria da perda de uma chance, justamente em virtude da dificuldade de se estabelecer o nexo de causalidade no caso concreto, entretanto, verifica-se que tal entendimento tem sido relativizado por entendimentos jurisprudenciais da própria sorte francesa, na qual é possível encontrar precedentes, tratando da matéria.

No tocante à frustração da chance pela falha no dever de informação, observa-se que o médico, também, pode ser responsabilizado, tendo em vista o papel indispensável da informação adequada no que diz respeito à atividade médica (seja ela diagnóstica, preventiva ou terapêutica), sem a qual o profissional não deve se utilizar de tratamentos ou meios de diagnóstico sem informar devidamente o paciente dos riscos daquele procedimento e sem apresentar outras alternativas. No entanto, a doutrina, também, encontra certos óbices à aplicação da teoria em casos

ISSNe 2595-1602

como esse: o paciente, acaso tivesse sido mais bem informado, teria tomado decisão diversa acerca do futuro de seu tratamento?

Portanto, é cediço que o tema comporta inúmeras controvérsias e demanda reflexões principalmente pela ausência de regulamentação no direito positivo, o que abre margem para discussão de quais seriam, de fato, os limites de aplicabilidade do instituto da perda de uma chance na seara da responsabilidade civil, mais precisamente na seara médica, em que a verificação do nexo de causalidade se mostra um tanto mais dificultoso.

Dessa forma, é um assunto que merece toda atenção dos juristas e um estudo um tanto quanto aprofundado, dada a sua complexidade e importância no âmbito do direito civil.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. vol. 13. São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito civil – volume único. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. Revista da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Civil. Apelação cível n. 0008253-82.2011.8.26.0004. Juiz relator: Alexandre Coelho. Julgado em 25.11.2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 01 dez. 2017.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ISSNe 2595-1602

AS TÉCNICAS DA CONSTELAÇÃO COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Bruno Rocha Paes[1]

RESUMO

Diante da sobrecarga processual evidenciada no Judiciário Brasileiro, tornou-se imprescindível a busca por meios capazes de solucionar as dificuldades enfrentas pela população e buscar por novas abordagens, a fim de desafogar o judiciário, contribuir com a celeridade processual e, principalmente, estabelecer uma convivência harmônica entre as partes envolvidas nos litígios. Assim, surge a Constelação Familiar que tem se mostrado um método eficiente para a resolução de conflitos em processos que são difíceis de resolver. Essa nova técnica vem ganhando espaço e tem trazido consigo bons resultados, existindo o reconhecimento do Judiciário e sendo aplicada em praticamente todo o Brasil. Por meio da difusão desses meios consensuais, a população e o Poder Judiciário e seus operadores serão capazes de vivenciar os diversos ganhos provenientes da solução consensual.

PALAVRAS-CHAVE

Constelação, Conflitos, Judiciário, Desjudicialização

ISSNe 2595-1602

[1] Tabelião Substituto do Primeiro Tabelionato de Notas da Comarca de Vitoria da Conquista BA, Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Mestrando em Sistemas de Resolução de Conflitos pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora UNLZ Buenos Aires Argentina, Especialização em Direito da Família e Mediação de Conflitos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) (em andamento Acadêmico do 9º semestre do curso Direito, pela Faculdade Independente do Nordeste-FAINOR, Fisioterapeuta pela FTC Faculdade de Tecnologia e Ciências, Campus de Vitoria da Conquista BA- com Especialização em Fisioterapia Traumato Ortopédica e Reumatológica pela Faculdade Independente do Nordeste FAINOR

INTRODUÇÃO

Diante das constantes transformações das comunidades e das necessidades de uma sociedade imediatista, surge a imprescindibilidade de se pensar em métodos capazes de solucionar as diversas dificuldades cotidianas enfrentadas pelas pessoas. Todavia, conhecemos um Judiciário que se encontra abarrotado de processos, principalmente nas Varas de Família, em que as disputas caminham desde pensões alimentícias até discussões calorosas, envolvendo heranças. Por conta das dificuldades enfrentadas pelo judiciário, os processos foram se acumulando, e os pareceres nem sempre foram sendo os mais preferíveis, dessa forma, nasceu a necessidade de reconstruir uma nova forma de se trabalhar. Sendo assim, tornou-se indispensável a busca por novas abordagens, a fim de desafogar o judiciário, contribuir com a celeridade processual e, principalmente, estabelecer uma convivência harmônica entre as partes envolvidas nos litígios.

Assim, surge a Constelação Familiar que tem se tornado um método eficiente para a resolução de conflitos em processos que são difíceis de resolver. Essa nova técnica vem ganhando espaço e tem trazido consigo bons resultados, existindo o reconhecimento do Judiciário e sendo aplicada em praticamente todo o Brasil. O principal objetivo da presente pesquisa é apresentar esse novo método adequado de tratamento de conflitos, a Constelação, como uma ferramenta importante e eficaz para o tratamento das relações interpessoais, especialmente no Direito de Família.

ISSNe 2595-1602

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Se relembrarmos a história da humanidade, encontraremos vários relatos acerca dos conflitos humanos que ocorreram nas mais diferentes camadas da sociedade que vão desde a discussão de crenças religiosas até a preservação da natureza, dos direitos igualitários entre homens e mulheres até os debates acalorados dos políticos e tantos outros motivos para se discutir temas que na sua grande maioria, impossibilitam as partes chegarem em comum acordo. Entretanto com a evolução da sociedade, e principalmente com evolução dos pensamentos, surgiram meios capazes de solucionar os conflitos dando a oportunidade de se chegar a um entendimento e, até mesmo, na resolução das demandas. Por conseguinte, as gerações passadas e presentes sempre apresentaram os conflitos como a base dos seus relacionamentos interpessoais, fossem tais conflitos, de forma positiva ou negativa, mas acima de tudo que suas motivações fossem tratadas.

O corpo social urge por mudança, no intuito de suas demandas serem resolvidas o mais rápido possível. Tais litígios são direcionadas ao Judiciário no qual se encontram barreiras que se evidenciam desde a lotação de processos nas varas especializadas à burocratização de se resolver demandas de menores complexidades.

Percebemos um importante avanço na resolução de conflitos com a chegada dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, ou melhor, dizendo Métodos

Adequados de Resolução de Conflitos. Com o advento do Novo Código de Processo Civil 2015 (CPC), esse avanço foi devidamente reconhecido em seu Artigo 3 º, §3, destacando a necessidade da cooperação processual em todas as etapas do processo. Neste sentido, o Código de Processo Civil prevê:

> Art. 3 º, §3: A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial **(BRASIL, 2015)**

Diante da sobrecarga no judiciário brasileiro e das eventuais dificuldades encontradas para acessá-lo, culminando com a crise a que chegou a Justiça recentemente, gerou um "efeito positivo", com uma maior abertura para abordagens transdisciplinares, inovadoras e sistêmicas, desapegadas do legalismo estrito e das funções tradicionalmente reservadas ao magistrado. Com isso, o Estado tem criado normas que refletem no incentivo da colaboração e cooperação de todos, tanto as partes autoras de processos, quanto o próprio Estado. Diante das lides sociais, o incentivo para publicizar esses meios coexistentes, faz com que essas técnicas se tornem cada vez mais conhecidas. A eficiência desses meios deve ser disseminada em todos os meios jurídicos e acadêmicos, com o intuito de torná-la conhecida para toda a sociedade.

Existem inúmeras técnicas para tratar os conflitos enfrentados pelas famílias e dentre as mais comuns estão: a arbitragem, a conciliação e a mediação. Cada uma dessas possui suas técnicas específicas e contribui de forma significativa para a resolução de dificuldades enfrentadas pelas partes, nos mais diversos campos dos relacionamentos da atual sociedade. A verdade é que as pessoas tendem a transferir as suas responsabilidades para o Judiciário, uma vez que se sentem incapazes de resolver seus ´problemas por falta do tão falado empoderamento pessoal e, muitas vezes, pela carência de autonomia, e com a junção desses fatores o que resta é procurar o Judiciário.

O poder público vem se manifestando de forma positiva e as técnicas utilizadas para solucionar os conflitos vêm sendo incentivadas por ele, diante dos grandes números alcançados na resolução desses conflitos. Os números positivos têm se tornado o principal combustível para que o Judiciário e demais profissionais do ramo do direito passassem a utilizar as referidas técnicas.

Além da mediação, arbitragem e conciliação que são os mais conhecidos, surge um novo método adequado de resolução de conflito, por exemplo, a Constelação; com a implantação dessas novas possibilidades de resoluções de conflitos, conseguimos realizar a comunicação entre os litigantes.

O que antes parecia ser inviável, hoje, se tornou possível trazer não só a origem dos problemas e levar a compreensão do papel de cada um, frente a esses problemas, mas conseguir reestabelecer a comunicação entre essas pessoas que por vezes estavam perdidas, bem como contribuir para a eficácia e celeridade processual, o que tem sido de grande valia. Seguindo esse contexto, se observa o crescimento da

ISSNe 2595-1602

utilização do método psicoterapêutico denominado Constelação Familiar, que entra na seara jurídica pela construção do Direito Sistêmico. Esse método tem ganhado mais espaço no dia a dia do Judiciário. É possível encontrar alguns magistrados que utilizam tal estratégia durante as suas audiências, como um método eficaz para a resolução de problemas.

A referida técnica foi criada pelo o alemão Bert Hellinger, que desenvolveu suas técnicas após passar um longo período em uma tribo indígena. Entretanto, vale lembrar que ela não é utilizada apenas no contexto familiar. Atualmente, já podemos encontrar ramificações para outras áreas a exemplo do Direito Penal.

Como foi dito acima, já encontramos, ainda que de maneira tímida, alguns magistrados utilizando a técnica da Constelação. No entanto, para ela ser difundida em todo país é necessário que os serventuários adotem esse método que se baseia com a sustentação básica em ter pilares como (pertencimento, equilíbrio e hierarquia). Ademais, as Constelações buscam um olhar para a solução dos desequilíbrios interpessoais. E isso se dá na medida em que permite transformar os "vínculos invisíveis" de uma família ou de um sistema, uma empresa, ou até mesmo de organizações públicas em "vínculos visíveis", mediante a representação espacial do campo morfobiológico, a partir de pessoas ou objetos que passam a ser usados, posteriormente, e após desvendar a verdade sobre o sistema familiar trabalhado, as Constelações promovem a paz entre seus membros, permitindo o olhar para a solução consensual.

O que se evidencia com a Constelação é que as "ordens do amor", descobertas por Hellinger, são leis sistêmicas que regem às relações e padrões inconscientes de comportamento. Nas palavras de STORCH (2018), o conhecimento das leis sistêmicas nos conduz a uma nova visão a respeito da vida, do direito e de como as leis podem ser elaboradas e aplicadas de modo a trazerem paz às relações, liberando do conflito as pessoas envolvidas e facilitando soluções harmônicas e satisfatórias para todos os envolvidos. Essa técnica está em conformidade com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estimula práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos. O parágrafo único do Art. 1º da Resolução n º. 125 do CNJ determina:

> Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.
>
> Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do Art. 334 º do Novo Código de Processo Civil combinado com o Art. 27 º da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

ISSNe 2595-1602

A Constelação vem sendo utilizada como reforço antes das tentativas de conciliação com a intenção de esclarecer para as partes o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial. Os conflitos levados para uma sessão de Constelação, em geral, versam sobre questões de origem familiar, como violência doméstica, endividamento, guarda de filhos, divórcios litigiosos, inventários, adoção e abandono tanto afetivo quanto físico.

Os processos tradicionais trazem um custo emocional às famílias e um custo financeiro ao Estado. Se há entendimento, deve levar as famílias a buscar soluções para seus conflitos sem a necessidade de judicialização. Destacamos a importante missão dos meios adequados de resolução de conflitos, os quais trazem a responsabilidade da desjudicialização que em sentido amplo, pois esse temo relaciona-se com os meios consensuais de solução de conflitos, cuja concepção deve ser entendida como algo que se diferencia da lógica processual instalada tal como afirma WATANABE (2011)

.

> Certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo-o em redução da carga de serviço do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário.

ISSNe 2595-1602

Outro dado importante que merece destaque é que esse método tem sido aplicado em vários estados brasileiros, mas tem se destacado no interior da Bahia, com um grande número de resolução de conflitos que pode ser evidenciado no estudo realizado, no ano 2013, quando o juiz Storch aplicou questionários aos participantes de audiências de conciliação nas quais usou técnicas de Constelação. Em 100% delas houve acordo entre as partes, diz ele; 59% das pessoas participantes afirmaram ter percebido mudança de comportamento familiar, que melhorou o relacionamento entre as partes.

Podemos observar que esse modelo de resolução de conflitos é bastante eficiente, e não veio apenas para desafogar o Judiciário brasileiro com seus recordes de processos, mas trouxe consigo a possibilidade de resgatar laços afetivos ou reestabelecer a comunicação que por vários motivos havia sido perdida. Por meio da difusão desses meios consensuais, a população, bem como todo o Poder Judiciário e seus operadores, será capaz de vivenciar os diversos ganhos provenientes da solução consensual.

A Constelação Familiar tornou-se uma ferramenta muito proveitosa em que pesando seus resultados práticos produzidos, sem dúvidas, mais satisfatórios do que uma decisão imposta por um juiz singular, pois faz parte de uma prática em que todos saem ganhando: as partes por saírem satisfeitas com a solução do litígio e o Poder

Judiciário por movimentar de maneira célere e barata a morosa e custosa prestação jurisdicional brasileira.

CONCLUSÃO

Diante de tantos benefícios trazidos pela Constelação, a implementação da referida técnica no Judiciário possibilita uma nova visão da Justiça sobre as dinâmicas familiares, trabalhistas, empresariais, dentre tantas outras e, sobretudo, na solução e prevenção de conflitos, com uma concepção humanista do poder judiciário, dando voz as essas partes, o que consequentemente propicia uma nova visão da Justiça, levando à pacificação social e abrindo um leque de possibilidades e soluções, ainda, não experimentadas para os conflitos.

REFERÊNCIAS

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

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. In: palácio do Planalto, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>; Acesso em: 04/02/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125, de 29 nov. 2010. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>; Acesso em: 04/02/2019.

HAUSNER, Stephan. As constelações familiares e o caminho da cura. São Paulo: Cultrix,2007.

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

PEREIRA, Rodrigo da cunha. Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-fam...; Acesso em: 07/03/2019.

RIBES. Brigitte; Constelações de doença / doença constelação: a partir dos entendimentos de Hellinger e Hamer. São Paulo: Gaia, 2013.

SALLES, L. M. M.; **CHAVES**, E. C. C. Conflitos, poder judiciário e os equivalentes jurisdicionais: mediação e conflitos. Revista da AJURIS, v. 41, n. 134. p. 391-415, 2014.

SCHUBERT, René. As Constelações Familiares aplicadas à Justiça. 10 de agosto de 2016. Disponível. em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/10/as-constelacoes-familiares-aplicadasajustica/> Acesso em:10/04/2019.

ISSNe 2595-1602

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. In Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015.

STORCH Sami Constelação Familiares e Judiciário: reflexões positivas **03 de jul de 2018. Disponível em:** http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/constelacao-familiares-e-judiciario-reflexoes-positivas/18232 Acesso em:01/06/2019.

WATANABE, Kazuo*. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.* In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro :Forense, 2011.

ISSNe 2595-1602

DA FRAUDE CONTRA CREDORES E SEU MEIO DE IMPUGNAÇÃO. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DIREITO PORTUGUÊS E O DIREITO BRASILEIRO

José Lucas Eisfeld Trigueiro[1]

ISSNe 2595-1602

RESUMO

O presente artigo visa abordar uma ideia comparada do instituto da fraude contra credores e seu meio de impugnação para coibir a prática de atos ou negócios fraudulentos prejudiciais aos credores, em que o devedor dilapida seu patrimônio, sendo este seu único meio de garantir o recebimento do crédito pelos credores, com o único objetivo de não adimplir o crédito devido. Neste passo, será abordado, de forma sincrética, certa análise comparativa do instituto da fraude contra credores no direito português e no brasileiro, observando o meio de impugnação (ação pauliana), para que o credor possa buscar a anulação dos atos fraudulentos que lhe foram prejudiciais.

PALAVRAS-CHAVE: fraude contra credores, lesão ao patrimônio, impugnação pauliana, natureza jurídica, sentença, declaratória.

ABSTRACT

This paper seeks to address a compared idea of the fraud institute against creditors and its challenge way to curb the practice of fraudulent acts or businesses, which jeopardize its creditors, where the debtor squanders its estate for it's the only way to guarantee the credits payment by the debtors, aiming only not to comply the owed credit. On this step, we seek, with a syncretic approach the comparative analysis of the fraud institute against creditors between Brazilian and Portuguese Law, noting the challenge way (fraudulent conveyance), so the debtor can look for the fraudulent acts annulment which were harmful to the debtor.

[1] Pós-graduando em Direito Processual Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie – Unidade São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - Unidade São Paulo. Membro da Comissão da Jovem Advocacia da Seção de São Paulo. Advogado. E-mail:jlucas.trigueiro@gmail.com

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. A fraude e o princípio da boa-fé processual – 3. Do instituto jurídico da fraude contra credores – 4. Da Ação Pauliana – 4.1. Da Natureza Jurídica - 5.Requisitos 5.1. Existência de um crédito – 5.2. Lesão da garantia patrimonial (*eventus damni)* – 5.3. Elemento subjetivo (*consilium fraudis)* – 6 Da Sentença na Ação Pauliana – 7. Posicionamento Jurisprudencial – 8. Conclusão – 9. Referências Bibliográficas

ISSNe 2595-1602

1 INTRODUÇÃO

De início, cumpre destacar quanto ao negócio jurídico, que é um instituto utilizado de forma ampla no Direito Civil, isso porque caracteriza o fato constituído entre partes, de autonomia privada, em que as próprias partes são delimitadoras dos termos estabelecidos. No entanto, os negócios jurídicos firmados entre partes são passíveis de defeitos, e com isso, há, em nosso ordenamento jurídico, um capítulo destinado aos seus defeitos, em que se busca a constatação fática de um defeito na realização do negócio jurídico entre as partes, que possibilita o requerimento da anulação de tal negócio, caso constatado referido defeito.

Destaca-se que um destes defeitos é a fraude contra credores, ponto de principal abordagem no presente trabalho. Trata-se, de forma sucinta, da atuação maliciosa do devedor que se encontra insolvente ou na iminência de começar a dispor de seu patrimônio de modo gratuito ou oneroso, objetivando não cumprir com suas obrigações assumidas anteriormente à transmissão e, portanto, praticado em fraude contra credores, que poderá ser invalidade pelo credor prejudicado.

Apesar da existência de mecanismos utilizados para se barrar a prática de fraudes, a verdade é que com a evolução da sociedade, é a cada dia mais notória a prática de fraudes, utilizando-se de meios com destacada criatividade lesiva, criando-se, assim, grande dificuldade para a repressão tempestiva e eficaz dos danos advindos do ato fraudador.

Neste sentido, é o posicionamento do ilustre Professor Theodoro Júnior:

“De fato, enquanto o agente do ilícito comum atua às claras e, com isso, permite reação da vítima a tempo de defender seus direitos e de evitar a consumação do dano, o mesmo não se passa com o agente da fraude. Aqui, a vítima é surpreendida, em regra, quando a astúcia do defraudador conseguiu, às escondidas, consumar a lesão do patrimônio alheio, tudo sob a aparência de inocente exercício de direito. Nessa altura só resta ao lesado o socorro ao processo judicial para invalidar o ato fraudulento. Para complicar mais a situação, constata-se que, como fruto de inteligência preordenada à ilicitude, a fraude sempre corresponde a uma preocupação do causador do dano de agir com cautela e segurança para encontrar na aparência de ato jurídico perfeito a principal barreira à defesa da vítima.”)

Diante deste cenário, o ordenamento jurídico brasileiro é, de certa forma, incompleto e incapaz de observar todas as modalidades e possibilidades das práticas fraudulentas, pois o Código Civil brasileiro de 2002 trilhou caminho retrógrado, visto que limitou o instituto da fraude contra credores de combater

ISSNe 2595-1602

apenas negócios realizados quando do crédito protegido já existente à época, conforme disposto pelo Artigo 158º, §2º[2].

Portanto, interpretando o disposto em referido artigo, a fraude contra credores não poderia ser invocada nos casos em que fosse verificada a dilapidação do patrimônio maliciosamente contra credores cujos créditos não existissem à época do negócio fraudulento, mesmo que já pudesse ser presumido.

Ainda neste caminhar, destaca-se a ação ou impugnação pauliana, originária do direito romano, traduzida por uma ação pessoal movida pelo credor buscando anular negócio jurídico feito pelo devedor insolvente, com bens que garantiriam futura execução do crédito devido, encontra dificuldade exatamente na demonstração do ato fraudulento ter o objetivo de desvirtuar o patrimônio dos credores, mesmo que estes presumidamente posteriores à realização de referido negócio.

Portanto, o estudo em análise far-se-á uma abordagem sobre a aplicação do instituto nos dois ordenamentos jurídicos, realizando breve análise comparativa entre ambos.

ISSNe 2595-1602

2 A FRAUDE E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

Inicialmente, cumpre mencionar que a palavra fraude expressa a ideia de "ação praticada de má-fé; abuso de confiança"[3]. Para que haja a concretização da fraude, é necessária a existência do agente que pratica determinada ação fraudulenta, observando conduta dolosa, buscando lesar alguém.

Com isso, trata-se de ação intencional de prejudicar terceiros, violando determinado compromisso, por meio de procedimentos à primeira vista lícitos, que, no entanto, visam unicamente lesar outrem.

Porém, não se pode obliterar que a natureza processual de um litígio é sempre o embate, visto que as partes litigantes estão em lados opostos e,

[2] Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.
§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.
[3] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Nova Fronteira, 1988, p. 308.

consequentemente, buscam formas diferentes de satisfação de suas pretensões. Ocorre que, referido embate deve-se proceder dentro dos limites estabelecidos pelo princípio da boa-fé processual, necessariamente.

No que tange ao princípio da boa-fé processual, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em seu Artigo 5°, o entendimento de que "aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé", tendo como base um comportamento justo das partes, desprovido de maldade, ou segundas intenções, sendo uma forma de repulsar a má fé subjetiva, traduzida pela conduta dolosa que visa lesar a outra parte do processo".

Portanto, tem-se que conduta praticada pelo devedor, que dilapida seu patrimônio com a única intensão de lesar seus credores, não observa o princípio da boa-fé, estando em total desacordo com o ordenamento jurídico ora em análise, e incorre em fraude contra credores.

3 DO INSTITUTO JURÍDICO DA FRAUDE CONTRA CREDORES

De início, importante pontuar que a fraude contra credores, também chamada de fraude pauliana, é um procedimento do direito material, regimentado pelo Código Civil brasileiro. No artigo 158° [4] e seguintes de referido diploma, demonstra-se a intenção de proteger, defender e preservar os direitos e interesses creditícios.

Não obstante, tal procedimento, também, é abarcado pelo Código de Processo Civil de 2015, ao passo que, o Artigo 789[5]º traz a forma de responsabilização do patrimônio daquele devedor quanto ao adimplemento de suas obrigações, sendo vedada a invasão à sua esfera pessoal.

Ademais cumpre salientar que é no mesmo sentido dos artigos acima citados, o disposto no Artigo 601° do Código Civil português[6], restando comprovado que os bens daquele devedor responderão de forma ilimitada, observados os regimes de separação de patrimônio.

Note que a responsabilização do devedor nos casos em que houver fraude contra credores, tanto o Código Civil português quanto o Código Civil brasileiro adotaram posição semelhante, pois ambos responsabilizam de forma ilimitada (salvo

4 Art. 158, CC/BR. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

5 Art. 789, CPC/BR. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

6 Art. 601, CC/PT. Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.

ISSNe 2595-1602

regimes especialmente previstos em lei), o patrimônio daquele devedor que agiu de má-fé para com o credor, vedada a invasão à esfera pessoal do devedor, conforme anteriormente mencionado.

Neste caminhar, destaca-se o brilhante entendimento de Orlando Gomes, no que tange à conceituação da fraude contra credores:

"tem o propósito de prejudicar terceiros, particularizando-se em relação aos credores. Mas não se exige o animus nocendi, bastando que a pessoa tenha a consciência de que, praticando o ato, está prejudicando seus credores. É, em suma, a diminuição do patrimônio (Caio Mário). O ato fraudulento é suscetível de revogação pela ação pauliana".[7]

Não é diferente o entendimento doutrinário dos Juristas portugueses que diante da responsabilidade ilimitada dos bens do devedor, e em caso de não cumprimento da obrigação, ao credor é conferido o direito de se buscar o património do devedor, "com o fim de obter coativamente a satisfação do seu crédito"[8].

Em verdade, a fraude contra credores, ou fraude pauliana, trata-se de um procedimento em que o devedor consciente de que sua atitude prejudicará seus credores, diminui seu patrimônio a não permitir a satisfação do crédito devido, lesando veementemente a intenção do credor de buscar o que lhe é devido.

Ademais a proteção à garantia do credor é abordada, de forma clara e sucinta, por Carlos Roberto Gonçalves: "Fraude contra credores é, portanto, todo ato suscetível de diminuir ou onerar seu patrimônio, reduzindo ou eliminando a garantia que este representa de suas dívidas, praticado por devedor insolvente, ou por ele reduzido à insolvência"[9]

Diante deste cenário, tem-se que o meio processual adequado para atacar o negócio jurídico eivado de fraude contra credor é a ação/impugnação pauliana, que para sua utilização, se faz necessária a observação dos elementos indispensáveis para sua configuração.

ISSNe 2595-1602

[7] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2000. p. 430-431.
[8] 3MÁRIO JÚLIO ALMEIDA E COSTA, *Direito das Obrigações*, 10ª Edição, Almedina. p 843
[9] GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 10a ed. Sao Paulo: Saraiva, 2012.

4. DA AÇÃO PAULIANA

De início, necessário salientar que a ação pauliana, também chamada de ação revocatória pelo Direito brasileiro, tem como objetivo principal o desfazimento de atos jurídicos que visam o desvio ou desfazimento do patrimônio do devedor, buscando torná-los intangíveis, caso haja a possibilidade de perda deste patrimônio por débitos pendentes face aos credores.

Neste sentido, para que seja realizado o desfazimento de referido ato lesivo contra os credores, é fundamental que se proceda com a anulação deste negócio jurídico praticado, afetando-se, assim, o devedor, bem como o terceiro que esteja envolvido em tal relação, sobretudo aqueles que agiram de má-fé, na contramão do princípio da boa-fé, consagrado pelo Direito Civil Brasileiro.

Com isso, uma vez identificada a fraude contra credores, necessário se faz o manejo da ação pauliana, tratando-se de uma ação judicial cognitiva autônima.

Neste caminhar, tanto a jurisprudência quanto a doutrina não admitem que se reconheça a fraude contra credores por meio diverso da ação pauliana, havendo o Superior Tribunal de Justiça assentado uma Súmula, de n°. 195, de seguinte redação: "*em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores".*

ISSNe 2595-1602

4.1. DA NATUREZA JURÍDICA

A ação pauliana é uma ação de cunho pessoal, que concede ao interessado (credor) a faculdade de se buscar a anulação de uma determinada alienação fraudulenta, que se mantida acarretará a insolvência do devedor.

Disciplinada pelo Direito Civil brasileiro, conforme demonstrado e pelo Direito Civil português. Para este, trata-se de uma ação declarativa desviante de dois princípios basilares do direito das obrigações: o da autonomia privada e o de responsabilidade patrimonial, pois destrói a barreira que se impunha entre o direito de execução dos credores e dos bens alienados pelo devedor, levantando o véu que, por força do Artigo 821° do Código de Processo Civil, ocultava bens à execução, proclamando a ineficácia da alienação perante os credores[10].

[10] Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 23-03-1995, Relator TORRES PAULO, proc. n.º 96A688, disponível em www.dgsi.pt.

Neste caminhar, ainda no tocante ao Direito Civil português, resta evidenciar que a natureza da ação pauliana não é de ação anulatória, conforme disposto pelo Artigo 616° do Código Civil de referido ordenamento, veja:

> ***ARTIGO 616º***
>
> *(Efeitos em relação ao credor)*
>
> *1. Julgada procedente a impugnação, o credor tem direito à restituição dos bens na medida do seu interesse, podendo executá-los no património do obrigado à restituição e praticar os actos de conservação da garantia patrimonial autorizados por lei.*
>
> *2. O adquirente de má fé é responsável pelo valor dos bens que tenha alienado, bem como dos que tenham perecido ou se hajam deteriorado por caso fortuito, salvo se provar que a perda ou deterioração se teriam igualmente verificado no caso de os bens se encontrarem no poder do devedor.*
>
> *3. O adquirente de boa-fé responde só na medida do seu enriquecimento.*
>
> *4. Os efeitos da impugnação aproveitam apenas ao credor que a tenha requerido.*

Por fim, para o ordenamento civil brasileiro, tem-se que a ação pauliana também não possui o condão de anular os atos fraudulentos, mas sim proclamar sua ineficácia relativa.

A título de informação, há uma corrente minoritária que defende que o negócio jurídico deve ser anulado ao invés de ser declarada sua ineficácia.

5. DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONFIGURAÇÃO DA AÇÃO PAULIANA

No que diz respeito aos requisitos necessários para que se possa propor ação pauliana, destaca-se que é imprescindível se observar a que título o ato lesivo ao credor fora praticado, ou seja, se o ato lesivo foi praticado gratuito ou onerosamente. Neste caso, para o direito português, o patrimônio poderá ser objeto de execução, mesmo que se encontre em poder de terceiros, diversamente do direito brasileiro em que o patrimônio retorna ao devedor para realização da execução.

Destaca-se que tanto no direito brasileiro quanto no direito português, há dois requisitos indispensáveis para que seja possível a propositura da ação pauliana, quais sejam: 1) a existência de crédito para com o devedor, e 2) reste configurado o ato lesivo à garantia patrimonial (*eventus damni)*;

ISSNe 2595-1602

Porém, há um ponto em que os dois ordenamentos divergem, visto que o direito português exige a comprovação da má-fé (*consilium fraudis*) do devedor quando da realização do negócio fraudulento, em se tratando de atos a título oneroso. Diversamente, tal exigência não é pacificada pelo direito brasileiro[11].

Diante disso, passemos a analisar tais requisitos.

5.1 EXISTÊNCIA DE UM CRÉDITO

Para que a ação pauliana seja admitida, é fundamental que haja um crédito para justificar a sua propositura, ou seja, o primeiro requisito necessário para o exercício de mencionada ação. Neste sentido, é o entendimento de Yusse Said: "a existência de um crédito coloca-se como condição primária para que o respectivo titular possa invocar a tutela jurídica.[12]

Neste caminhar, é de salutar importância a verificação da data que o crédito foi efetivamente constituído, assim como a do ato a ser impugnado pela ação pauliana. Isso porque, o entendimento jurisprudencial e doutrinário é no sentido da anterioridade do crédito, como condição da propositura da ação.

Frisa-se que o Tribunal da Relação de Coimbra, no julgamento do processo 139/05, já se posicionou neste sentido, posto que "*a anterioridade do crédito, exigida na primeira parte da al. a) do Artigo 610° CC, deve aferir-se pelo momento da constituição da relação obrigacional e não pela data da decisão judicial que, em processo intentado para obter a condenação do devedor no respetivo pagamento, reconheça o crédito".*[13]

Assim, é possível afirmar somente poderão propor a ação pauliana, buscando a restituição da garantia patrimonial desviada, aqueles que já eram credores no tempo da prática doas atos lesivos.

Nesta perspectiva, destaca-se que o Código Civil português tem como regra o requisito de anterioridade do crédito. Porém, como toda regra há uma exceção, há possibilidade de afastar tal requisito e determinar os créditos constituídos

[11] Cf. CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ* – n. 93, Comentários ao Acórdão de 19 de fevereiro de 1991, p.552.

[12] Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128

[13] Processo n.º 139/05.6TBFAG.C1, disponível em www.dsgsi.pt

ISSNe 2595-1602

posteriormente, quando se tratar de ato realizado dolosamente a impedir a satisfação do crédito[14].

Diversamente, o Código Civil brasileiro prevê unicamente a disposição de que só serão legitimados à propositura da ação/impugnação pauliana, os credores que já eram quando da prática do ato fraudulento, conforme pode-se extrair do Artigo 158° de referido Código, em seu § 2°:

Art. 158°. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles. (grifei)

Necessário destacar que os tribunais brasileiros, preencheram a lacuna presente na lei, admitindo a desnecessidade de o crédito ser anterior ao ato lesivo praticado pelo devedor, como pressuposto para que seja possível a propositura da ação/impugnação pauliana, ou seja, caso referido ato lesivo seja comprovadamente praticado com o objetivo de atingir credores futuros, estes terão legitimidade para propor ação pauliana, conforme já fora decidido pela Corte do Superior Tribunal de Justiça:

"Ação pauliana. Anterioridade da dívida. Inexistência de novação. A Novação não decorre simplesmente da substituição de um título cambiariforme, emitido em garantia da dívida, por título cambial com o mesmo propósito, sem que demonstrada a intenção de novar. Mantém-se, assim, a anterioridade da dívida relativamente aos atos de alienação. Não admissível, no âmbito do recurso especial, perquirir quanto as provas da efetiva insolvência dos devedores, em decorrência dos atos apontados como praticados em fraude a credora, recurso especial conhecido, mas não provido". (STJ, REsp 9543/ SP, Relator Ministro Athos Carneiro, DJ 01.6.1992).

Destaca-se que os tribunais portugueses, também, possuem tal posicionamento quanto à desnecessidade da anterioridade do crédito para se apurar a fraude. Neste sentido, fora o entendimento do Tribunal de Relações de Lisboa:

"*Para os atos de transmissão gratuitos e anteriores ao nascimento do crédito basta a prova de que o ato de transmissão foi realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do crédito, ou seja, do requisito constante do Art. 610º do CC, dispensando-se a prova do pressuposto previsto no Art. 612º do CC. Mas se o ato de transmissão for posterior ao nascimento do crédito, mostra-se, também, necessária a prova da existência do dolo, isto é,*

14 Cf. CORDEIRO, Menezes. Revista do STJ, cit., p. 557.

ISSNe 2595-1602

do artifício utilizado pelo devedor, com a intenção ou consciência de induzir em erro o credor, como resultado disposto no Art. 610º a), 2ª parte, do CC."[15]

Tem-se, portanto, que a existência de um crédito é requisito essencial para que o credor possa demonstrar a existência da fraude contra credores, e propor a ação pauliana. Porém, é de salutar importância demonstrar que a necessidade de anterioridade do crédito face ao ato lesivo não é obrigatoriedade, podendo-se, assim, ser reconhecida a fraude por meio de crédito posterior à prática do ato lesivo.

5.2. LESÃO DA GARANTIA PATRIMONIAL (EVENTUS DAMNI)

A lesão à garantia patrimonial refere-se ao limite que deve ser observado pelo devedor para que não incorra em fraude contra credores, de disponibilidade de seu patrimônio, para que possa, em casos de inadimplemento, satisfazer os interesses do credor.

Caso o devedor desrespeite esse limite e comprometer seu patrimônio, restará configurado referido ato lesivo, configurando-se, assim, o prejuízo para o credor.

Para o Código Civil português, devem ser abrangidos os atos que resultarem na insolvência do devedor, bem como aqueles que converterem na impossibilidade de recebimento do crédito pelo credor, conforme disposto pelo Artigo 610º, letra *b* de referido diploma[16], denominando-se tal fato de *eventus damni*.

Neste sentido, é o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, note:

> *"(..) do Art. 610º, al. b), do Cód. Civil decorre que tem de se verificar um nexo de causalidade entre o ato impugnado e a situação patrimonial do devedor, traduzida em impossibilidade ou agravamento para a satisfação do crédito, sendo que, em regra, aquele nexo resultará precípuo do próprio ato impugnado, devendo atender-se à data deste para determinar essa impossibilidade ou o seu agravamento"*[17]
>
> Não obstante, também é nesta esteira a brilhante lição de CURA MARIANO, que diz que *"a impugnação do ato imediatamente anterior à*

[15]Processo de n. 8776/2003-6, de relatoria da Exa. Fátima Galante, julgado em 11.11.2003, (disponível em www,dsgi.pt)

[16] Artigo 610º**.** *Os actos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal podem ser impugnados pelo credor, se concorrerem as circunstâncias seguintes: b) Resultar do acto a imposibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou agravamento dessa impossibilidade.*

[17] Processo n.º 6179/08-2, relatado por Isabel Canadas em 17-12-2009, disponível na íntegra em www.dgsi.pt

ISSNe 2595-1602

> *verificação do estado de impossibilidade é suficiente para acautelar a garantia patrimonial do credor, não se justifica a impugnação dos atos anteriores àquele. Porém, na hipótese de o ato imediatamente anterior à situação de impossibilidade de satisfação do crédito não ser impugnável, já poderá ser atacado o que o antecedeu* [18]

Diversamente, para o Código Civil brasileiro não resta determinada tal expressão, visto que o legislador apenas se referiu à prática de atos pelo devedor insolvente ou que possa reduzi-lo à insolvência, conforme pode-se extrair dos artigos 158º a 160º de referido diploma.

Porém, novamente, os tribunais brasileiros se posicionam de forma a não deixar desamparado o credor, no sentido que "a configuração do evento danoso ao credor e que o ato praticado em fraude tenha diminuído em tal expressão o patrimônio do devedor, que resulte impossível aos credores anteriores à consumação do ato a satisfação de seus créditos[19]

Com isso, a legislação brasileira é dotada de lacunas quanto aos referidos pontos, restando à jurisprudência demonstrar que tais lacunas são prejudiciais ao credor e, com isso, buscar uma interpretação para que não ocorra tais prejuízos.

ISSNe 2595-1602

5.3. ELEMENTO SUBJETIVO (CONSILIUM FRAUDIS)

Num primeiro momento, cumpre destacar que este princípio versa, apenas, sobre as alienações onerosas realizadas pelo devedor, visto que para que seja possível a propositura da ação/impugnação pauliana em atos realizados, a título de onerosidade, se faz necessária a comprovação da má-fé, tanto do devedor quanto do terceiro.

Pois bem, para que reste demonstrada a má-fé do terceiro adquirente, observar-se-á a coparticipação deste no ato lesivo ao credor, por meio do conhecimento de que o ato levaria o devedor à insolvência e causaria prejuízos ao credor.

Frisa-se que caberá ao credor provar a existência da má-fé. Porém, é possível afirmar que a obtenção desta prova pelo credor é de grande dificuldade, visto que terá de provar que a intenção de outrem era lhe prejudicar, envolvendo-se, assim, um terceiro, que também terá de comprovar a má-fé no momento de celebração do ato fraudulento.

---

[18] *Ob Cit*. p. 183.
[19] 6ª C do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 12.11.1970, Julgados 14/177.

Com isso, tem-se assim que é imputado ao credor a necessidade de comprovação de determinada intenção tanto do devedor quanto do terceiro adquirente, em lhe causar prejuízo. Ora, trata-se de uma prova abstrata, de difícil comprovação por parte de credor.

Neste passo, o Código Civil português já demonstrou que o credor estará dependente maioritariamente da prova por presunção, permitida pelos Artigos 349º e 352º, podendo a má-fé ser demonstrada por meio de prova testemunhal[20].

Ainda no âmbito do direito português, a doutrina não é pacífica no que tange à caracterização da má-fé. De um lado, para a configuração da má-fé de ambos, é necessária a intenção de prejudicar o credor, mas por outro lado, basta que o terceiro tenha conhecimento da insolvência do devedor para demonstrar sua má-fé[21].

Já no direito brasileiro, a doutrina, de certa forma, é pacífica no sentido de que é dispensável a intenção de prejudicar o credor, para que reste configurado o *consilium fraudis*, ou seja, o simples conhecimento por parte do devedor e do terceiro adquirente do estado de insolvência deste primeiro, configura o instituto do consili*um fraudis.*

ISSNe 2595-1602

Neste sentido, o Código Civil brasileiro contenta-se com a demonstração de conhecimento da insolvência do devedor, conforme disposto pelo Artigo 159º, *in verbis:*

> *Art. 159º. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.*

Com isso, pode-se afirmar que a demonstração da má-fé do devedor ou do terceiro adquirente, no momento do ato fraudulento que leve o devedor à insolvência, é de grande dificuldade para o credor, visto que se trata de prova de presunção. Com isso, cumpre ao magistrado julgador observar a normalidade dos fatos para que se possa concluir pela existência ou não da má-fé.

---

[20]Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio 1994, relatado por MACHADO SOARES (Processo n.º 084992, disponível em www.dgsi.pt).

[21] SERRA, Vaz. Responsabilidade Patrimonial. *BMJ*, cit., p. 212, “estas fórmulas correspondem a realidades diferentes: a consciência do prejuízo causado aos credores não é o mesmo que a intenção de os prejudicar, pois o acto pode ser praticado sem esta intenção e existir, todavia, a consciência do prejuízo. Por outro lado, pode haver consciência do prejuízo causado aos credores, porque pode haver a convicção séria de que, embora insolvente agora, o devedor melhorará depois de fortuna, de sorte a não prejudicar os seus credores”.

6. DA SENTENÇA NA AÇÃO PAULIANA

Em um primeiro momento, é necessário salientar que as sentenças podem ser classificadas, em regra, como sentenças declaratórias, condenatórias ou constitutivas.

Dito isto, no que tange à natureza jurídica da sentença que julga procedente os pedidos trazidos pela ação pauliana, há certa divergência doutrinária, pois para alguns autores, referida sentença possui natureza constitutiva, já para outros, tal natureza é declaratória.

Neste passo, para Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 387), as sentenças proferidas nas ações paulianas são de natureza constitutiva, visto que, é a partir da sentença que a alienação fraudulenta tornar-se-á ineficaz, aduzindo-se, assim, que referida ineficácia é sucessiva e não originária, veja:

> *"O que se busca aqui é saber o seguinte: praticado o ato em fraude contra credores, é ele ab origine incapaz de produzir efeitos (ineficácia originária), ou será o ato capaz de produzir efeitos até que seja proferida sentença pauliana (ineficácia sucessiva)? Sendo correta a primeira resposta, a sentença pauliana será meramente declaratória; correta a segunda, será constitutiva. [...] A pergunta a ser respondida, assim, é a seguinte: pode ser penhorado um bem que tenha sido alienado em fraude pauliana independentemente da propositura da 'ação pauliana', A nosso juízo a resposta é negativa. O bem alienado em fraude contra credores sai do patrimônio do devedor e, por conseguinte, fica fora do campo de incidência do Art. 591º do CPC." (CÂMARA: 2004, p. 215)*

ISSNe 2595-1602

Porém, a sentença proferida nos autos da ação pauliana, que reconheça a existência de fraude, não cria uma nova relação jurídica material entre as partes, como fazem as sentenças constitutivas, ou seja, *"A fraude ocorreu antes do processo e fez, por ela mesma, com que o adquirente tivesse de suportar, a partir de então, a garantia patrimonial pelos débitos que o alienante insolvente deixou a descoberto"* (THEODORO JÚNIOR: 2001, p. 240).

Neste passo, entendo que a natureza da sentença de procedência, proferida nos autos de uma ação pauliana, é meramente declaratória, em que resta declarada a existência da fraude e, com isso, a alienação ora atacada não possui validade. A título de exemplo comparativo, as sentenças proferidas em ação de investigação de paternidade, correspondem a uma sentença declaratória de paternidade ou não.

Ademais, as ações paulianas possuem as mesmas características, visto que o ordenamento jurídico impõe certa obrigatoriedade de propositura de referida ação, conforme brilhantemente leciona Humberto Theodoro Júnior (2001: p. 241-242), note:

> *"Esse acertamento somente pode ser feito pela sentença, por imposição da lei, não para criar ou modificar situação jurídica entre as partes, mas sim e apenas para assentar os fatos e suas conseqüências já operadas no plano do direito material.*
>
> *Tanto não é a sentença que cria a responsabilidade executiva do terceiro adquirente que este, antes da ação pauliana, pode elidir seus eventuais efeitos, depositando em juízo, à ordem dos credores, o preço da aquisição do bem alienado pelo devedor insolvente (CC, Art. 108º) [atual Art. 160º]. Também, voluntariamente, pode o credor extinguir a pauliana já em curso mediante resgate do crédito do autor, independentemente de sentença de reconhecimento da fraude. Em tais situações, os efeitos da fraude, sem dúvida, terão operado, no plano do direito material, sujeitando o terceiro adquirente a suportar a responsabilidade patrimonial pela dívida do alienante, sem o pressuposto do acertamento por via de sentença judicial. Evidencia-se, assim, que não é a sentença que gera sua responsabilidade, mas o fato mesmo da aquisição do bem de alguém que se achava em estado de insolvência."*

De outro lado, destaca-se que o Código Civil adota a teoria da anulabilidade, o que implicou no estabelecimento de prazo decadencial para que seja proposta a ação pauliana, conforme se extrai do Artigo 178º, II de referido Código veja:

> *Art. 178º. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:*
>
> *I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;*
>
> ***II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;***
>
> (grifei).

Porém, na minha opinião, a sentença nas ações paulianas é de natureza declaratória, o que nos leva à conclusão de que a declaração da fraude contra credores não está sujeita a nenhum tipo de prazo, seja ele prescricional ou decadencial. Com isso, o Artigo 178º não teria eficácia, não devendo ser aplicado às ações paulianas. Friso, na minha opinião.

7. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

ISSNe 2595-1602

No presente tópico, o objetivo é trazer alguns posicionamentos jurisprudenciais de tribunais brasileiros e tribunais portugueses, fazendo-se, assim, um breve comparativo dos dois entendimentos.

Pois bem, de início, traz-se à baila um julgado brasileiro, do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, em que determinada pessoa dilapidou seu patrimônio antes de se obrigar como avalista, ou seja, antes da existência do crédito. Neste passo, a Excelentíssima Ministra recepcionou o pedido de fraude contra credores presumidos, ficando reconhecida a fraude, conforme trecho extraído do voto da Relatora, que segue:

> *A ordem jurídica, como fenômeno cultural, deve sofrer constantemente uma releitura, na busca pela eficácia social do Direito positivado. Assim, aplicando-se com temperamento a regra contida no referido preceito legal, entendo que, embora a anterioridade do credito – relativamente ao ato impugnado – seja, via de regra, pressuposto de procedência da ação pauliana ela pode ser relativizada quando for verificada a fraude predeterminada para atingir credores futuros, ou seja, o comportamento malicioso dos recorrentes, no sentido de dilapidarem o seu patrimônio na iminência de contraírem debito frente a requerida.*[22]

Nota-se que o voto acima destacado traz o reconhecimento da fraude contra credores presumidos, visto que, no momento da alienação e dilapidação do patrimônio, ainda não estava constituído o crédito, mas a conduta adotada visou única e exclusivamente lesar os credores futuros.

Cabe mencionar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)[23] e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)[24] se posicionaram no mesmo passo do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a decretação da fraude contra credores em momento anterior à constituição de fato do crédito pleiteado.

Noutro caminhar, passemos à análise de um julgado português, de relatoria do Excelentíssimo FONSECA RAMOS, que leva bastante em consideração a concreta existência de má-fé para a caracterização da fraude contra credores, vejamos:

[22] STJ, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA)

[23] Apelacao Civel No 460.891.4/5-00), Segunda Camara de Direito Privado, Tribunal de Justica de SP, Relator: Ariovaldo Santini Teodoro, Julgado em 05/12/2006.

[24] Apelacao Civel No 70036795342, Vigesima Primeira Camara Civel, Tribunal de Justica do RS, Relator: Genaro Jose Baroni Borges, Julgado em 16/03/2011

ISSNe 2595-1602

> *I – A má-fé, enquanto requisite subjective da impugnação pauliana, significa a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor, e não já a intenção de prejudicar este último.*
>
> *II – Provado que quanto outorgaram a escritura de compra e venda todos os RR tinham perfeito conhecimento da existência da dívida dos primeiros RR para com a com a A, bem como que subtraíssem o imóvel, objecto da venda, ao património dos primeiros RR., ver-se-ia a A impossibilitada de obter a satisfação integral do seu crédito, e que desse acto de alienação resultou a impossibilidade da A. satisfazer o seu crédito, pelos menos integralmente, já que os bens que logrou penhoras em execução para obter a cobrança coerciva têm valor muito inferior ao que aí lhe foi atribuído e são insuficientes para o pagamento da dívida, não lhe sendo conhecido o património; é insofismável a verificação do requisito da má-fé, comum a todos os intervenientes no negócio oneroso impugnado pela A. que assim viu ameaçada a possibilidade de cobrança do seu crédito[25].*

Pode-se extrair do acórdão acima destacado que, para que reste verificada a existência da má-fé, será necessário provar que todos os réus tinham o devido conhecimento da dívida do devedor no momento de realização do negócio, objeto da ação pauliana.

Portanto, pode-se concluir que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo a fraude contra credores, mesmo antes da existência do crédito, objeto da ação pauliana. Já para a jurisprudência portuguesa, o fato de se restar comprovada a má-fé do devedor ou dos envolvidos no negócio realizado, é de suma importância para que seja reconhecida a fraude contra credores.

ISSNe 2595-1602

8. CONCLUSÃO

A ação/impugnação pauliana é o instrumento jurídico pelo qual se possibilita a busca da tutela da garantia patrimonial, contra determinados atos que possam ser lesivos ao direito de crédito e outrem. É por meio de referida ação que o credor poderá reagir com fato que lhe prejudique no que tange ao recebimento dos valores que lhe são devidos.

Neste passo, conforme restou demonstrado, existem alguns requisitos para que seja reconhecida a fraude contra credores e, assim, de ensejo à propositura da ação pauliana.

No mais, no que tange ao ordenamento jurídico português, restou demonstrado que a impugnação pauliana não traz qualquer retorno de bens ao patrimônio do devedor, cujo conteúdo é distinto, estando o adquirente de boa-fé, responderá apenas na medida de seu enriquecimento. Agora, se estiver de má-fé,

[25] Acórdão de 30-10-2007, relatado por FONSECA RAMOS (proc. n.º 07A3327, disponível em www.dgsi.pt),

responderá pelo valor dos bens que tenha alienado, bem como dos que se deterioraram, desde a realização do ato fraudulento.

No mais, ponto importante a ser destacado, é a relação quanto o devedor e o terceiro adquirente, visto que o a alienação fraudulenta conservará toda a sua eficácia. No ordenamento jurídico brasileiro, considerando que os bens voltarão ao patrimônio devedor, o terceiro poderá buscar o ressarcimento pelo prejuízo que sofrera.

Já no ordenamento jurídico português, a ação pauliana não afeta a validade dos atos de alienação realizados, posteriormente, pelo devedor, confere apenas ao credor o exercício de determinada tutela jurisdicional, nascendo-se, assim, o direito à restituição de um crédito, diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a validade do ato sempre será afastada.

Portanto, é possível concluir que existindo valores econômicos em jogo, sempre haverá a possibilidade de haver atos fraudulentos ao crédito alheio, tanto no âmbito processual (fraude à execução), quanto no âmbito material (fraude contra credores), devendo-se sempre atentar-se às condutas quando da realização de qualquer negócio jurídico.

ISSNe 2595-1602

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Nova Fronteira, 1988.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2000.

MÁRIO JÚLIO ALMEIDA E COSTA, *Direito das Obrigações,* 10ª Edição, Almedina.

GONCALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 10a ed. Sao Paulo: Saraiva, 2012.

http://www.dgsi.pt./jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39b6e8b5ee6575ff802568fc003b64c2?OpenDocument&Highlight=0,96A688

Cf. CORDEIRO, Menezes. *Revista do STJ* – n. 93, Comentários ao Acórdão de 19 de Fevereiro de 1991.

Cf. CAHALI, Yussef Said. *Fraude Contra Credores*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/509f588d93af64888025773f0052076d?OpenDocument

http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/925cafc8d340dda880256e4300569fdf?OpenDocument

http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d13878e165c48b82802576e30068b55c?OpenDocument

http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/05c3c30b36cf0fc98025832a005979db?OpenDocument

ISSNe 2595-1602

DIREITO CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DA PERSONALIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL

Ana Beatriz Nóbrega Barbosa[1]

Maria dos Remedios de Lima Barbosa[2]

Erivaldo Moreira Barbosa[3]

RESUMO

O artigo visa investigar a personalidade civil da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na arena do direito civil. Destarte, objetiva-se interpretar três teorias, a saber: a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicionada, com o escopo de desvendar interpretações legais, doutrinárias e jurisprudenciais de tais teorias. Assim, utiliza-se o método dedutivo com o propósito de alcançar respostas *jus* civilistas fidedignas. Apreende-se das informações extraídas que as teorias apresentam vantagens e desvantagens, as quais têm defensores e detratores. Por outro lado, na arena jurisprudencial, do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, por ora, apesar de não ser taxativo, há uma presunção da aceitação da teoria natalista. Conclui-se, pois, que apesar do Código Civil Brasileiro e do STF não considerarem o nascituro como vida, a este, a lei brasileira garante expectativa de direitos.

Palavras-Chave: Jurídico. Ordenamento. Lei. Doutrina. Jurisprudência.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda do 3º Período do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACISA/BRASIL.

[2] Professora Doutora, do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS, BRASIL.

[3] Professor Doutor, do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS, BRASIL.

INTRODUÇÃO

No ordenamento civil brasileiro, o debate doutrinário acerca do início da personalidade civil da pessoa natural, hodiernamente, é bastante complexo. Isso porque decidir sobre qual teoria civilista se aplicar é uma tarefa que requer atenção dos operadores do direito em face das possíveis consequências jurídicas de tal fato. Sendo assim, para demarcar esse momento existem três teorias principais, quais sejam, a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicionada.

Em virtude da relevância jurídica que essa temática possui, a produção científica neste campo vem ampliando suas investigações. Na pesquisa de Almeida (2003), a autora conclui que entre as teorias do início da personalidade civil, a concepcionista é a mais adequada. Por sua vez, Chavenco e Oliveira (2012) entenderam que é preciso haver uma reformulação no conceito de personalidade jurídica, para que esta seja considerada desde a concepção e não apenas com o nascimento com vida. Já no trabalho de Bertoncini e Santos (2016), observa-se que a decisão sobre o início da personalidade civil possui importantes reflexos do ponto de vista do direito material, bem como do processual.

O presente caminhar epistemológico traz como ponto central as teorias do início da personalidade civil da pessoa natural, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação do Código Civil pátrio de 2002 (BRASIL, 2002). Desta forma, as teorias *natalista*, *concepcionista* e da *personalidade condicionada* são extremamente importantes para definir qual a situação jurídica do nascituro a ser concebido.

Nesse sentido, a depender da teoria a ser escolhida, as consequências, bem como os direitos conferidos ao nascituro, serão diferentes. Através dessa perspectiva, a escolha implicará em importantes repercussões do ponto de vista dos direitos obrigacionais, patrimoniais e, também, sob o prisma das transmissões de herança. Esse fato faz mister que cada teoria seja analisada com a devida cautela, atentando sempre para os seus possíveis desdobramentos e efeitos.

Diante da necessidade de uma compreensão mais alargada acerca das teorias do início da personalidade civil da pessoa natural, torna-se imprescindível a apresentação, bem como esclarecimentos de alguns conceitos intrinsicamente relacionados. Dentre eles, se destacam o conceito de personalidade jurídica, da pessoa natural, da capacidade jurídica e do nascituro.

Destarte, incialmente, torna-se imprescindível vasculhar a evolução histórica do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), com intuito de facilitar a compreensão dos leitores sobre o ordenamento jurídico em que está inserida a discussão. Posteriormente, serão expostos os conceitos jurídicos basilares, os quais relacionar-se-ão com as teorias da personalidade civil da pessoa natural. Após esse caminhar científico, tais teorias serão definidas, comparando-as e tecendo críticas quanto às implicações jurídicas que elas estão sujeitas. Para tal intento, nesta inquirição utiliza-se o *método dedutivo*, o qual segue um trajeto fidedigno na busca de resultados consistentes.

ISSNe 2595-1602

À guisa de introdução, *objetiva-se* analisar as teorias do início da personalidade civil, a saber: a natalista, a concepcionista e a personalidade condicionada, na seara do Direito Civil Brasileiro, a partir da promulgação da lei federal n° 10.406/2002 (BRASIL, 2002).

2 EVOLUÇÃO JURÍDICO-HISTÓRICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o intuito de compreender a evolução jurídico-histórica do Código Civil brasileiro vigente de 2002 (BRASIL, 2002), é importante esclarecer, ainda que de forma breve, os princípios norteadores do antigo código de 1916, ora revogado. Tal texto normativo, elaborado pelo professor de Direito Civil Clóvis Beviláqua, abarcava princípios inspirados no contexto social e econômico pertinentes à época. Sendo assim, as características do liberalismo econômico corroboraram para ele possuir um caráter individualista valorizando, pois, a propriedade privada e a liberdade contratual.

O código de 1916 abarcava as concepções que imperavam entre o final do século XIX e o começo do século XX. O direito da propriedade e o da liberdade de contratar estavam totalmente entrelaçados pelo individualismo da época. Assim como, em regra geral, as palavras dependem do contexto no qual estão inseridas, a antiga codificação foi fruto da sua época, traspondo valores que eram essenciais para uma sociedade colonial. Ademais, do ponto de vista estrutural, ele sempre foi prestigiado pela clareza, concisão e objetividade de seus conceitos, assim como de sua técnica jurídica. (GONÇALVES, 2018).

Desse modo, embora tenha se adaptado aos padrões jurídicos da sociedade à época, o diploma legal de 1916 não conseguia mais suprir o avanço social do final do século XIX. Em 1967, foi convocada uma comissão de juristas, supervisionada por Miguel Reale, a fim de que fosse reformulado o presente código. Com isso, em 1972 foi apresentado um anteprojeto, o qual tentou manter ao máximo a estrutura do código de 1916, porém, introduzindo os novos valores éticos, sociais e operacionais da época. Então, após todos os ajustes e modificações, a lei 10.406/02 instituiu o atual Código Civil Brasileiro, cuja vigência ocorreu em janeiro do ano seguinte. (GONÇALVES, 2018).

Destarte, o atual código tem como característica principal o esquecimento do individualismo de outrora, preocupando-se, pois, com a valorização da dignidade humana, do coletivismo, bem como da harmonia pública. A adoção desses fatores é inegavelmente decorrente da transformação social pela qual a sociedade brasileira passou entre o final do século XIX e início do século XX. Além disso, os princípios da socialidade, da eticidade, bem como da operacionalidade, impulsionaram a configuração da nova essência não só do corrente código, como também do novo rumo do Direito Civil brasileiro.

Nesse sentido, o primeiro princípio que é imperativo ser destacado é o da socialidade. Este representa muito bem a característica crucial do novo código: se desprender do extremo individualismo da codificação anterior. Tal princípio afirma que deve haver uma prevalência dos valores coletivo sobre os individuais, sem, contudo, se desprender do conceito da dignidade humana. À medida que este princípio se

ISSNe 2595-1602

afasta do individualismo e do egoísmo, passa a existir uma valorização do coletivo, implicando em mudanças relevantes para o atual direito civil.

Conforme Tartuce (2018), uma dessas mudanças advindas com o princípio da sociabilidade foi a função social dos contratos. Esta, presente no artigo 421 no Código Civil, implica dizer que para o contrato ser devidamente interpretado e visualizado é imperativo que se analise o contexto da sociedade. Dessa forma, como afirma Tartuce, esse princípio confere aos grandes institutos do Direito Civil – como exemplo, o contrato, a propriedade, a empresa – uma denotação mais social.

Além da preocupação com a questão social, outro princípio inserido no atual código é o da eticidade. Este implica na redução do excesso de formalismo jurídico, para que se evite o automatismo judiciário, aumentando em contrapartida a prevalência e a valorização de pressupostos éticos entre os operadores do direito.

O princípio anteriormente explicitado também é chamado de boa-fé objetiva, isso porque, diferente da boa-fé subjetiva, que ficava apenas no campo das ideias, a boa-fé objetiva passa a ter uma aplicação prática. Assim, torna-se necessário que as partes envolvidas em um determinado negócio jurídico atuem com lealdade, ética, honestidade e sinceridade; que uma parte não tente ludibriar a outra parte para auferir vantagens indevidas. Desde 1990, no Código do Consumidor, o princípio da boa-fé era contemplado como um dos mais importantes princípios que regiam as relações de consumo.

3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS SOBRE AS PESSOAS NATURAIS

Diante da necessidade de uma compreensão mais alargada acerca das teorias do início da personalidade civil da pessoa natural, torna-se imprescindível a apresentação, bem como o esclarecimento de alguns conceitos intrinsicamente relacionados. Dentre eles estão o conceito de personalidade jurídica, pessoa natural, capacidade jurídica e nascituro.

Nesse sentido, o primeiro conceito que precisa ser debatido é o da personalidade jurídica da pessoa natural, tendo em vista que as teorias que serão abordadas no presente artigo partem justamente do conflito existente quanto ao início desta. Desta forma, o civilista Clóvis Beviláqua conceitua a personalidade como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”. É, assim, o reconhecimento jurídico do ordenamento pátrio para que o indivíduo seja dotado de personalidade.

Embora os conceitos de pessoa e de personalidade não possuam o mesmo significado, eles estão intimamente relacionados, tendo em vista que a personalidade é conferida à pessoa como seu atributo. A personalidade é imprescindível ao ordenamento jurídico, assim como para o Direito Civil, pois permite que todas pessoa sejam aptas a contrair direitos e obrigações, sem nenhuma exceção. Enquanto a pessoa é justamente o ser humano sujeito de direitos e deveres, que nasceu com vida. (GONÇALVES, 2018).

ISSNe 2595-1602

Esse fato constitui um avanço, uma vez que em outras sociedades, a exemplo da romana, para possuir a personalidade jurídica era preciso apresentar forma humana, ou seja, ter uma aparência perfeita. É uma evolução inclusive para a própria sociedade brasileira, visto que na época colonial os escravos, por não serem considerados pessoas, não possuíam personalidade. Contudo, com a abolição da escravidão em 1888, os escravos deixaram de ser equiparados a coisas, começando então a possuir relevância social e jurídica. (MONTEIRO, 2016).

Ademais, a acepção do entendimento de pessoa representando o ente que é sujeito de direitos e deveres é algo atual. Na linguagem romana utilizada nos teatros, o termo *persona* designava máscara, passando posteriormente a representar os próprios autores. Dessa forma, o sentido jurídico de pessoa atrelado a uma personalidade manifesta-se apenas depois. (GARCIA, 2015).

Por fim, além da conceituação doutrinária apresentada acima, o Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002, p. 1), expressa em seu artigo segundo o conceito de personalidade, qual seja, "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Dessa forma, a atual codificação deixa claro que não há maiores exigências para adquirir a personalidade, senão o nascimento com vida.

Outro conceito importante a ser debatido é o da capacidade jurídica. Esta é a aptidão genérica que o ordenamento jurídico confere às pessoas para serem titulares em relações jurídicas. Ela é subdivida em capacidade de direito ou de gozo, e capacidade de fato ou de exercício. Aquela é a capacidade que todo ser humano possui, sendo necessária para ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil. Enquanto a capacidade de fato é a que se obtém para poder exercer os direitos, a qual nem todo homem possui. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

A capacidade jurídica é considerada a medida da personalidade, isso porque, enquanto a personalidade é sempre conferida a todas as pessoas, a capacidade não. Quando a pessoa, embora possua a fruição do direito, não possa pessoalmente exercê-lo, temos o instituto da incapacidade. Esta pode ser tanto relativa quanto absoluta. A incapacidade jurídica é, portanto, a limitação advinda da lei para o exercício dos atos da vida civil. (DINIZ, 2012).

O atual Código Civil Brasileiro taxativamente diz quem são as pessoas absolutamente incapazes e as relativamente incapazes. Consoante seu artigo terceiro, somente os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Enquanto no artigo quarto é enumerado o rol dos relativamente incapazes; são eles: os maiores de dezesseis e menores de dezoito; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos.

É importante mencionar que a codificação de 2002 foi modificada com a lei nº 13.146/2015, lei de inclusão da pessoa com deficiência. Isso porque anteriormente essas pessoas eram tratadas de pronto como absolutamente incapazes, em virtude de possuírem uma enfermidade ou deficiência mental, que as fizessem não ter o discernimento para a prática dos atos civis. Entretanto, com o novo entendimento legal

ISSNe 2595-1602

do assunto, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade serão tidos como relativamente incapazes. Isso é um avanço, tendo em vista que atua como inclusão da pessoa com deficiência, tutelando sua dignidade. (NADER, 2018).

O terceiro conceito que é necessário ser entendido é o do nascituro. Este é o ser que embora seja concebido ainda não nasceu, cujos direitos a lei põe a salvo, ou seja, aquele que estando concebido ainda não nasceu e que na vida intrauterina tem personalidade jurídica formal. (DINIZ, 2012).

Para ser considerado pessoa, portanto, é preciso que seja desfeito o elo entre a mãe e o filho, ainda que o cordão umbilical não tenha sido cortado. Contudo, para afirmar que se nasceu com vida é imperativo que a criança tenha respirado. Para isso, há o exame médico Hidrostática de Galeno. Este consiste em retirar parte do pulmão e colocá-la em uma solução hidrostática. Se o fragmento flutuar indica que o feto respirou, já se afundar implica dizer que o feto não chegou sequer a nascer. (GONÇALVES, 2018; DONIZETTI e QUINTELLA, 2017).

Nesse sentido, auferir se a criança nasceu ou não com vida é de suma importância para o Direito Civil. Isso porque, caso nasça com vida, ela será considerada sujeito de direitos adquirindo, pois, personalidade jurídica. Entretanto, caso contrário, ela terá sido apenas expectadora de direitos. Ademais, em situações na qual o pai da criança tenha falecido, se aquela tiver nascido com vida, a mãe irá herdar o patrimônio deste. Entretanto, se morto, o processo de herança seria transmitido aos seus herdeiros legítimos, quais sejam, seus pais.

Entende-se assim que os nascituros, embora possuam a expectativa de se tornarem pessoas, não as são de fato. A divisa entre ser considerado ou não pessoa foi estabelecida pelo atual Código Civil em seu artigo segundo. Neste, fica claro que a personalidade jurídica começa apenas com a vida, entretanto, pelo fato de se esperar que o nascituro nasça com vida, são resguardados por lei seus direitos. (LÔBO, 2017).

ISSNe 2595-1602

4 TEORIAS ACERCA DA PERSONALIDADE CIVIL DA PESSOA NATURAL

Após discorrer sobre os conceitos elementares para iniciar o estudo das teorias da personalidade civil da pessoa natural, inicia-se agora a discussão doutrinária de tais teorias. São elas: a natalista, a concepcionista e a personalidade condicionada.

A *teoria natalista* aponta como imperativo o nascimento com vida para que seja iniciada a personalidade jurídica. Para ela, o nascituro não é considerado pessoa, muito embora desde a concepção ele possua seus direitos assegurados. Essa teoria é bastante defendida pela doutrina clássica; dentre seus doutrinadores adeptos tem-se Silvio de Salvo Venosa; Caio Mario de Silva Pereira e Silvio Rodrigues.

O atual ordenamento jurídico brasileiro filia-se à teoria natalista, tendo em vista que seu requisito para ser pessoa sujeita de direitos e deveres implica em nascer com vida. Analisando a situação jurídica do nascituro percebe-se que apesar dele não

ser pessoa já há regras claras de proteção aos seus direitos, tanto no âmbito penal como no civil. Isso porque como ele não conta com todos os requisitos da personalidade civil não é considerado pessoa, entretanto, passa a existir uma expectativa que ele se torne uma. Nesse sentido, o ordenamento jurídico passa a conferir uma proteção aos seus direitos. (VENOSA, 2013).

Nesse sentido, o nascituro, para essa teoria, não é considerado como pessoa, possuindo apenas direitos em potencial, ou seja, nascendo com vida passa a ser sujeito de direito, possuindo personalidade e podendo contrair obrigações. Contudo, caso não nasça com vida, não haverá nem a transmissão de direitos por seu intermédio. Ademais, na hipótese de o nascituro nascer e logo em seguida vir a falecer, pelo fato dele ter sido pessoa e adquirido direitos, será ele capaz de os transmitir. (PEREIRA, 2018).

A fundamentação que o atual Código Civil adotou para utilizar a teoria natalista, ao demarcar o início da personalidade jurídica, foi o artigo segundo do mesmo diploma. Este afirma que a personalidade civil da pessoa jurídica da pessoa começa com vida, mas que desde a concepção são assegurados por lei direitos aos nascituros. Isso porque o *caput* deste artigo é taxativo quanto ao momento em que se adquire a personalidade jurídica.

Para o doutrinador Venosa (2013), que é adepto desta teoria, a proteção legal concedida ao nascituro não é o bastante para se inferir que ele possua personalidade jurídica. Em sua concepção, o fato do nascituro ter capacidade jurídica é uma situação que apenas se aproxima da personalidade, contudo, a esta não se equivale. Este pensamento coaduna com o dispositivo legal do artigo 2º, uma vez que a personalidade só é efetivada com o nascimento com vida.

Em oposição à teoria natalista desponta uma outra teoria intitulada *concepcionista*. Esta é defendida em maior proporção pela doutrina brasileira contemporânea, a qual confere ao nascituro a natureza jurídica de pessoa, gozando, pois, de todos os direitos legais assegurados. Sendo assim, para tal teoria, a personalidade jurídica se inicia desde a concepção e não com o nascimento com vida. Além disso, em se considerando pessoa, o nascituro passa a possuir personalidade jurídica e ser então sujeito de direitos e deveres. Parte de doutrinadores considera que tais seres, embora não tenham sido concebidos, já possuem direito à vida e também os direitos personalíssimos, e não apenas uma expectativa de tais direitos.

A principal difusora dessa corrente no Brasil é Almeida (2003). Em seu artigo intitulado "Bioética e direitos da personalidade do nascituro", a autora enfatiza que há muitos direitos que não necessitam do nascimento com vida, o que em seu dizer justifica que a personalidade jurídica não deve estar intrinsicamente atrelada a essa condição de nascer com vida. A civilista aponta ainda que é preciso se distinguir a personalidade da capacidade, tendo em vista que aquela não é condicional. Por fim, ela menciona que apenas alguns direitos patrimoniais materiais, como por exemplo, a herança, dependem do nascimento com vida.

Assim como na teoria natalista, o embasamento legal da teoria concepcionista também está presente no artigo segundo do atual Código Civil. Entretanto, diferente daquela, nesta, a parte do artigo a ser enfatizada é o seu final, no qual é dito: "mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro". Contudo, defender esta

ISSNe 2595-1602

teoria é acreditar que uma vez possuindo personalidade o nascituro possui mais direitos do que os previstos neste diploma legal.

Como terceira e última teoria, existe a da *personalidade condicionada*. Esta, segundo alguns autores, é derivada da teoria natalista, uma vez que ela afirma que o nascituro já é pessoa, porém, este encontra-se condicionado ao nascimento com vida. Em síntese, haverá para o nascituro a expectativa de direito. Ademais, seus defensores apontam que a situação jurídica do nascituro é condicional, pois em virtude de haver uma esperança que ele nasça com vida é que são salvaguardados seus direitos. Nascer com vida é, então, a chamada condição suspensiva. (GONÇALVES, 2018).

Consoante a definição de Monteiro (2016), condição suspensiva é aquela que delonga temporariamente a eficácia jurídica até a ocorrência do evento jurídico futuro e incerto. É por isso que o nascimento com vida é tido como uma condição suspensiva, já que é uma circunstância que ainda não ocorreu e que também não é certeza, mas sim uma expectativa de vir a acontecer.

Para a doutrinadora Diniz, *apud* Cassettari (2018), que é adepta dessa teoria, na vida intrauterina o nascituro possui apenas a personalidade jurídica formal desde a sua concepção, todavia, somente com o nascimento com vida é que ele adquire a personalidade material. Esta é a que o faz alcançar os direitos patrimoniais e obrigacionais que estavam em um estado condicional, qual seja, o nascimento com vida. Desse modo, essa teoria realmente guarda semelhanças com a natalista, tendo em vista que se o nascituro nascer morto não irá herdar nenhum direito patrimonial.

Segundo Pereira (2018), também defensor da teoria da personalidade condicionada, o Código Civil põe a salvo os direitos e interesses no nascituro em circunstâncias nas quais é conferido um direito potencial do ente que foi concebido. Além disso, o autor compreende que a lei visa conferir segurança jurídica para aquele que possivelmente se tornará pessoa e irá adquirir personalidade jurídica. Por fim, fica entendido que a teoria da personalidade condicionada também exige a ocorrência do nascimento com vida.

ISSNe 2595-1602

5 DISCUSSÃO LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DAS TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL

Após identificar e comparar as teorias que tratam sobre o início da personalidade jurídica da pessoa natural, mostrar-se importante explicar quais os possíveis efeitos civis que elas podem acarretar. Nessa perspectiva, serão expostas argumentações acerca das teorias em alusão.

A adoção da teoria concepcionista implica dizer que a partir do momento da fecundação o nascituro já é considerado pessoa, possuindo, portanto, personalidade jurídica. Os civilistas adeptos dessa corrente equiparam os nascituros a seres humanos. Contudo, tal entendimento não parece muito adequado, pois ao analisar os dispositivos legais que tratam sobre o tema, percebe-se que o artigo 2º do Código Civil Brasileiro não confere a condição de pessoa ao nascituro; resguardou para eles, tão

somente, alguns direitos. Por outro lado, embora o artigo citado acima não conceda o *status* de pessoa para o nascituro, outros artigos do mesmo diploma legal comportam uma relativa proteção jurídica ao nascituro. Nesse diapasão, veja-se os artigos 542, 1609 e 1798 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), os quais assim se expressam, respectivamente, *ipsis litteris*:

> Art. 542 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.
>
> Art. 1609 O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.
>
> Art. 1798 Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

O Código Civil Brasileiro, apesar de acolher nos artigos 542, 1609 e 1798 a proteção dos direitos do nascituro, não pretendeu equiparar nascituro com pessoa natural; quis apenas garantir uma expectativa de direitos ao nascituro, em face das consequências jurídicas que poderão ocorrer, caso nasça com vida.

Seguindo esse mesmo entendimento, a representante do Instituto Brasileiro de Direito Civil, Matos (2018), na arguição sobre a descriminalização do aborto até as 12 primeiras semanas de gravidez, afirma que, embora o Código Civil, em seu artigo 2º, resguarde os direitos do nascituro, não o equipara ao ser humano que nasceu com vida. Além disso, argumenta que há uma progressiva proteção ao nascituro, na medida em que este alcança a personalidade jurídica ao nascer com vida. Observa-se, pois, que a legislação pátria não adota a teoria concepcionista, pois o nascituro ainda não é pessoa.

Destarte, percebe-se que a teoria concepcionista destoa do entendimento do artigo segundo do Código Civil Brasileiro, muito embora venha sendo defendida por alguns doutrinadores pátrio contemporâneo. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 3.510/2008, de modo implícito adotou a Teoria Natalista.

Assim, na ADI nº. 3.510 foi realizada a votação acerca da constitucionalidade do artigo 5° da Lei de Biossegurança n° 11.105. Este dispositivo legal permite a possibilidade do uso de células-tronco, com finalidade de pesquisa e terapia, obtidas através de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, desde que não sejam utilizados no respectivo procedimento. Sendo, portanto, embriões descartáveis ou que estejam congelados por três anos ou mais. Os ministros do STF julgaram a ação improcedente por maioria dos votos. Conforme a ementa da ADI (BRASIL, 2010), tem-se que:

> Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5a da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao

ISSNe 2595-1602

> planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação.

Na votação em voga, o argumento utilizado pelo ministro Celso de Mello foi que a realização de pesquisas e tratamentos com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, visto que elas são inviáveis biologicamente para os fins aos quais se destinavam, sendo na verdade um ato de "celebração solidária da vida", capaz de ajudar pessoas que se encontram marginalizadas de direitos fundamentais como, por exemplo, o direito à vida e à dignidade. Ademais, ele afirma que a utilização de células-tronco nestes casos não configuraria jamais o aborto, uma vez que não é todo embrião (especialmente os advindos de fertilização *in vitro*) apto a desencadear uma gestação. Na situação apresentada, como não há fecundação, é descartado inclusive o conceito de nascituro.

Além disso, é enfatizado neste mesmo voto que a Constituição Federal não demarca precisamente o momento exato em que se tem início a vida humana, contudo, que ela é atributo próprio da pessoa humana. De modo que, apesar de serem tutelados pelas legislações infraconstitucionais as formas anteriores à pessoa, não é possível que se confunda os três "estágios": o embrião, o feto e a pessoa. As duas primeiras formas são sim protegidas pelo direito comum, mas não são consideradas pessoas no sentido posto pela Magna Carta.

Nesse sentido, é perceptível que ainda que o STF não se posicione de modo taxativo sobre qual teoria utilizar para demarcar o início da personalidade civil, através deste julgamento entende-se que há uma presunção à teoria natalista. Isto porque é enfatizado que embora haja uma proteção jurídica aos estágios que antecedem a pessoa humana, eles não são a ela equiparados. Por corolário, é de se observar que o nascituro, mesmo possuindo direitos assegurados por lei, não é considerado pessoa, ou seja, apenas com seu nascimento com vida é que ele adquire tal situação jurídica.

Em relação à teoria natalista, é notório que ela se adequa com precisão ao Código Civil, de modo que ela considera que o nascituro não é pessoa; apenas se nascer com vida ele adquire personalidade jurídica. No entanto, essa teoria, ainda assim, confere certos direitos ao nascituro para que ele possa ser protegido, uma vez que é possível que ele venha a ser pessoa, no futuro. Nesse sentido, não só o ordenamento civil, bem como a legislação penal e a Constituição Federal de 1988, conferem segurança jurídica para ele.

Do Código Civil extrai-se o já mencionado artigo 2º, que garante os direitos do nascituro, muito embora não o equipare à situação jurídica de pessoa. Por sua vez, os artigos 124, 125 e 126 do atual Código Penal, ao tratarem do aborto com ou sem consentimento da gestante, também protegem diretamente o nascituro (BRASIL, 1940). A Constituição Federal, em seu artigo 5°, também é capaz de conferir direitos ao nascituro, dado que em seu *caput* assegura o direito à vida (BRASIL, 1988), seja fora ou dentro do útero materno.

ISSNe 2595-1602

A teoria natalista adotada pelo Código Civil atual é capaz de conferir direitos ao nascituro sem, contudo, colocá-lo em igual situação jurídica do nascituro, de modo que este não fique à mercê de proteção, nem tampouco chegue a possuir de fato personalidade jurídica. Isso é muito importante para garantir segurança a relações jurídicas, como por exemplo, a herança.

Já em relação à teoria da personalidade condicionada, pode-se afirmar que seus efeitos são em grande parte decorrentes da teoria natalista. Isso porque ela afirma que o nascituro, desde a concepção, possui personalidade jurídica, contudo, apenas se nascer com vida. De modo que esse fato passa a ser uma condição suspensiva, cuja ocorrência está vinculada para que possa surtir efeitos jurídicos.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo principal analisar as teorias do início da personalidade civil, quais sejam, a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicionada. Essa pesquisa foi possível através da utilização do método de abordagem dedutivo. Isso porque se partiu de uma análise geral das três teorias que abordam o início da personalidade jurídica da pessoa natural, para uma conclusão específica. De modo que, a partir dessas teorias, foram extraídos suas relações, seus efeitos e as possíveis consequências jurídicas no universo do Direito Civil Brasileiro.

Diante do exposto, entende-se que a teoria natalista adotada pelo Código Civil Brasileiro exige o nascimento com vida para que se tenha início a personalidade civil, contudo, ela não deixa de assegurar direitos ao nascituro, apenas não o coloca na situação jurídica de pessoa humana. Em contrapartida, a teoria concepcionista, defendida pelos doutrinadores contemporâneos, garante ao nascituro, desde a concepção, a natureza jurídica de pessoa. Por sua vez, a teoria da personalidade condicionada é uma espécie de união entre as teorias anteriores, uma vez que considera o nascituro como pessoa, desde sua concepção, entretanto, estará sua situação dependente de uma condição suspensiva, ou seja, o nascimento com vida.

Desse modo, cada uma das teorias sintetizadas acima possui efeitos jurídicos diferentes. Nesse sentido, o principal efeito jurídico da teoria natalista é possibilitar que o nascituro possua direitos ligados à sua proteção, porém, quantos aos direitos patrimoniais e obrigacionais, é necessário o nascimento com vida, fazendo, portanto, sentido o Código Civil de 2002 não o considerar ainda pessoa humana. Em relação à teoria concepcionista, embora ela tenha como ânimo fundamental, proteger os direitos do nascituro, na prática, a ideia de equiparar este a pessoa é complexa de ser atingida, visto que seria alterado não apenas o Código Civil, mas, principalmente, os conceitos de nascituro, pessoa e personalidade jurídica. Quanto a teoria da personalidade condicionada, mais do que uma inovação teórica, ela é consequência da união de elementos das duas teorias acima.

Portanto, embora as três teorias da personalidade civil possuam relevância e fundamentação doutrinária, a teoria natalista, adotada pelo atual Código Civil Brasileiro, parece ser a mais adequada para determinar o início da personalidade civil, visto que ela consegue conciliar os interesses jurídicos e sociais do nascituro. Esta

ISSNe 2595-1602

teoria, além de firmar o nascimento com vida como marco inicial da personalidade jurídica, garantindo, pois, uma maior segurança jurídica para as relações obrigacionais e patrimoniais, também consegue preservar a dignidade do ser que, embora concebido, ainda está no ventre materno.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro. ***Scientista Iuris***, p. 87-104, 2003. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105> Acesso em: 15 mar. 2019

BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe Morais Rolim dos. A Personalidade Civil dos Nascituros e os seus Reflexos Jurídicos-Processuais. **Argumenta Journal Law**, n. 23, p. 15-32, jan. 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/273-2502-1-pb.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3510 (Publicação 28/05/2010)**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 24 mar.2019.

_____. **Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso: 15 mar. 2019.

_____. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião. Da tutela dos direitos do nascituro e a controvertida questão do início de sua personalidade. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**, n. 2, p. 657-677, jul./dez. 2012. Disponível em:

ISSNe 2595-1602

<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica> Acesso em: 02 maio.2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil 1:** parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito:** Teoria Geral do Direito. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro I:** parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Adpf442 arguição sobre a descriminalização do aborto**. Youtube. Publicado em 6 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oniAV0Pfyzs>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: volume 1. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** volume 1. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 8.ed. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ISSNe 2595-1602

O DIREITO DE SABER: A INOPONIBILIDADE DA CLÁUSULA DO ANONIMATO PERANTE O CONCEBIDO POR MEIO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Maria dos Remedios de Lima Barbosa[1]

Ana Beatriz Nóbrega Barbosa[2]

Erivaldo Moreira Barbosa[3]

RESUMO

As técnicas de reprodução assistida (RA) possuem como objetivo primordial permitir que pessoas ou casais impossibilitados de alcançarem naturalmente o projeto da maternidade/paternidade realizem o desejo de procriarem. No presente trabalho centramos nosso foco nas situações em que há doação de gametas por parte de doadores que, ao permitirem o uso de seu material genético, exigem o anonimato acerca de sua identidade. Neste artigo aplica-se a metodologia hermenêutico-jurídica. Constata-se que o direito de saber quem é o seu genitor (que não se confunde com a ideia de pai), encontra amparo na própria Constituição Federal, nos princípios da dignidade humana, da igualdade jurídica, do melhor interesse da criança/adolescente, e até, em princípios contratuais, tais como o da relatividade do contrato, que estabelece a força impositiva deste somente às partes que nele figuram, tornando assim, inoponível ao concebido a cláusula que impede a divulgação da identidade do doador.

Palavras-chave: Direito do Concebido. Anonimato. Jurídico.

ISSNe 2595-1602

[1] Professora Doutora, do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS, BRASIL.

[2] Graduanda do 3º Período do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACISA/BRASIL.

[3] Professor Doutor, do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS, BRASIL.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante o século vinte a humanidade pôde testemunhar uma série de avanços nas mais diversas áreas do conhecimento. O homem finalmente pôs os pés na lua. O satélite natural da Terra, que durante a maior parte da História serviu de pano de fundo para as mais diversas lendas e superstições, além de prestar-se como mote para as mais belas frases criadas por poetas e repetidas por apaixonados, foi finalmente alcançada.

Na área tecnológica, a internet galvanizou o mundo ao permitir o encurtamento de distâncias com um simples toque de computador ou de um aparelho celular. Descobertas científicas fantásticas permitiram não só a erradicação de algumas doenças, como também possibilitaram o aumento da expectativa de vida. Se houve uma fase do percurso humano sobre a face da terra em que a probabilidade de uma mulher morrer de parto ou um bebê não conseguir sobreviver era algo muito provável, nos dias de hoje, já se aventa a possibilidade de chegarmos aos cento e trinta anos ou mais com qualidade de vida. Os mais afoitos já sonham com a eternidade por meio da transferência do cérebro para uma máquina imortal.

A partir deste fantástico mundo novo, vemos surgir uma série de situações de alta complexidade, que nos remetem a questionamentos para os quais o ordenamento jurídico não tem apresentado a devida solução.

Uma destas situações intricadas diz respeito à questão relativa àquela pessoa que fora concebida por meio de reprodução artificial assistida, por intermédio de uma doação de sêmen ou óvulo, estipulando-se o anonimato do doador/doadora, de molde que ao concebido seja vetada a possibilidade de conhecer aquele/aquela que, do ponto de vista biológico é seu genitor(a).

Poder-se-á de imediato, alegar que um dos princípios que regem o moderno direito de família é o da afetividade e que, para a constituição de uma relação parental o afeto prepondera sobre as questões biológicas. Assim acontece, por exemplo, na Adoção, em que o adotado torna-se filho de seu adotante, desfazendo-se os laços jurídicos decorrentes da biologia. Com a convivência, criam-se os poderosos vínculos do amor, cuja força acaba por sobrepor-se às questões de sangue. Segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 72) a afetividade é o princípio norteador do direito das famílias.

Não nos colocamos contra a ideia acima esboçada, pelo contrário. Defendemos ardorosamente o pensamento de que o afeto é a mola propulsora das relações familiares. Foi um passo significativo para as Ciências Jurídicas, reconhecer o valor do afeto como elemento fundamental do Direito de Família.

Todavia, também entendemos que há certas questões psíquicas tão entranhadas em nós criaturas humanas, que, passe o tempo que passar, a humanidade pode galgar os mais altos degraus das descobertas científicas, mas, certas perguntas sempre permearão nossa mente. Perscrutar nossas origens, querer saber quem nos colocou no mundo não é algo que cause surpresa.

ISSNe 2595-1602

Por mais que um adotado, por exemplo, ame seus pais adotivos, é natural que surja em seu íntimo o desejo de saber quem foi aquela/aquela que lhe forneceu a carga genética que o permitiu ser quem é.

No presente trabalho, nosso *objetivo* é analisar o direito do concebido por meio de reprodução artificial assistida poder ter acesso à identidade de seu genitor biológico. Não apenas ter acesso a seu mapa genético, mas saber quem de fato é seu pai/mãe. Tal conhecimento não gerará deveres de ordem pessoal ou patrimonial ao doador do material, mas permitirá ao concebido ter acesso a uma informação que deve ser vista como um direito que lhe é imanente.

1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A preocupação com as questões da reprodução da espécie sempre esteve em pauta no percurso histórico da humanidade. Na Bíblia, por exemplo, encontram-se várias referências acerca da imensa cobrança e porque não dizer preconceito em relação à mulher estéril. E, mesmo naquelas longínquas eras de profetas e homens que conversaram com o próprio Deus, mas, jamais sonharam com algo parecido com a reprodução permitida pelo avanço científico, Farias e Rosenvald (2018, p. 583), citam o caso de Raquel, que, cedendo sua escrava ao esposo Jacó pede que este deite-se com ela, para que o filho concebido, ao nascer sobre os joelhos de Raquel, torne-se também seu filho. Um típico caso de maternidade “não biológica”, já tão comum em nosso tempo.

Em decorrência das graves consequências que a inseminação artificial pode trazer, a autora Diniz (2017, p. 715) contrapõe-se frontalmente à mesma chegando ao ponto de defender sua proibição:

> O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o casal e o filho. Dever-se-á, em nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização in vitro e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade.

No que tange às técnicas de reprodução assistida nos casos de inseminação artificial heteróloga/doação de óvulos, sabemos que dificilmente a humanidade dará meia volta e deixará de utilizar-se de tais meios, razão pela qual, só resta o caminho de uma regulação que não tolha do concebido certos direitos que lhes são naturais.

O advento da reprodução assistida, ou seja, da intervenção humana, por meio de técnicas científicas sobre algo que pode ocorrer naturalmente, com uma simples relação sexual, certamente adveio da necessidade biológica, mas também psicológica e cultural de deixar uma descendência.

Nas palavras de Ana Cristina Rafful (2000, p. 19):

ISSNe 2595-1602

> A reprodução humana assistida nada mais é que do que o meio hábil para satisfazer o desejo de ter filhos de um casal estéril, fazendo uso das técnicas de fecundação in vitro, da inseminação artificial homóloga e heteróloga e da maternidade por substituição. Nesta seara, a Resolução nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina em seu anexo, diz em seus princípios gerais que as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

Com o uso de tais técnicas temos basicamente, a ciência facilitando para que o processo de união do esperma ao óvulo conduza à concepção. Tal processo pode ocorrer de várias maneiras. Por exemplo, a fertilização in vitro convencional (FIVETE) nas palavras de Maluf (2013, p. 199):

> [...] ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões. Geralmente, a ovulação é estimulada por hormônios, resultando na formação de vários folículos maduros, sendo os óvulos colhidos por punção guiada por ultrassonografia endovaginal. Após serem colocados juntamente com os espermatozoides num recipiente denominado placa de Petri, são finalmente fecundados. O processamento se dá em um ambiente com 5% de CO_2 e temperatura de 37º, para depois de 24 a 48 horas serem transferidos para a cavidade uterina os embriões formados, contendo de 4 a 8 células (blastômeros – estágio embrionário anterior ao de mórula.

ISSNe 2595-1602

Na fecundação artificial homóloga, temos um casal unido pela união estável ou casamento, cuja impossibilidade para gerar filhos naturalmente, leva à busca da ajuda da ciência para conseguir sua descendência. É homóloga quando o marido/companheiro doa o sêmen que será inserido na esposa/companheira.

Vale atentar para o ensinamento de Lôbo (2019 p. 224-225) de que o uso do esperma do marido/companheiro depende da vontade deste e da possibilidade da utilização do material do mesmo quando já falecido. De fato, não haverá permissão para utilização do material genético do homem sem a expressão de sua vontade. E, no caso desta utilização ser feita mesmo já falecido o marido, é majoritário na doutrina o entendimento de que haveria a necessidade de o falecido ter deixado em vida a permissão para a inseminação da mulher, assim como Conselho Federal de Medicina em suas normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, também exige tal autorização prévia.

A concepção homóloga não traz nenhuma implicação no que tange ao objeto de estudo do presente trabalho, posto que nela o filho conhece a identidade de seus genitores. Há o problema da sucessão no caso de o filho concebido após a morte do pai, pois questiona-se seu acesso à herança, já que para o Código Civil (BRASIL, 2019), o herdeiro deve estar concebido ou nascido no momento da abertura da sucessão (art. 1798) e, em caso de prole eventual, é preciso que o filho da pessoa indicada, tenha nascido ou já sido concebida até dois anos após a abertura da sucessão (art. 1800, § 4º). Corroborando tal entendimento, Caio Mário da Silva Pereira

(2004, p. 318) entende que a herança se transmite em decorrência da morte e que só são chamados ao processo sucessório quem já estava vivo ou concebido quando da abertura da sucessão. Todavia, em que pese a discordância que reina sobre o tema, não o abordaremos, tendo em vista que o foco do artigo é a discussão do não conhecimento da identidade do genitor, fato que não ocorre na inseminação homóloga.

Já na inseminação artificial heteróloga, a mulher é inseminada com o material genético de outro homem que não seu esposo/companheiro. Segundo Venosa (2016, p. 262) tal método é usado primordialmente:

> [...] nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator RH, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência, recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos.

A despeito de geralmente, a inseminação heteróloga ocorrer a partir de doações anônimas, o site da BBC Brasil, em reportagem de 29 de novembro de 2017, escrita por Vinícius Lemos, noticia a existência das chamadas "Inseminações caseiras". Nela, o homem entrega seu esperma em um pote de coleta de sangue e a mulher/receptora injetará o material em sua vagina por meio de uma seringa.

Na reportagem, lê-se que um dos doadores anônimos diz pedir às mulheres a quem doa seu material que não o acione na justiça para cobrar pensão e que já chegou a assinar contrato em cartório em que se comprometeu a abrir mão da paternidade.

À luz do direito de família brasileiro, podemos dizer que nos casos das inseminações caseiras, pactos relativos às questões decorrentes da paternidade, onde o doador por exemplo, não queira ser reconhecido como pai ou pagar pensão alimentícia são totalmente questionáveis.

Na maternidade por substituição traz consigo a possibilidade de uma mulher carregar em seu ventre o filho de outra. Conforme Lima Neto (2001, p. 126):

> Na relação de maternidade substituta, ou maternidade sub-rogada, são partes uma mulher (e, normalmente, seu esposo ou companheiro) que, fornecedora ou não do material genético, tem o desejo de ter o filho, a titular do projeto parental, e uma mulher que, por dinheiro ou altruísmo, cederá seu útero para que nele seja desenvolvida a criança até o parto, entregando-a àquela.

Já Silva (2003, p. 253) assevera que a maternidade por substituição pode apresentar-se sob duas formas diferenciadas:

> 1. A mãe portadora – é aquela que apenas 'empresta' seu útero. Trata-se de uma mulher fértil que pelo fato de possuir um útero saudável, apto a levar

ISSNe 2595-1602

> uma gestação a termo, terá um ou mais embriões obtidos do casal doador solicitante, implantados em seu útero. Logo, a mãe portadora gestará uma criança que não é seu filho genético.
>
> 2. A mãe de substituição – além de 'emprestar' seu útero, cederá também seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber. Se ela engravidar, garantirá a gravidez de uma criança que é, geneticamente sua, e, após o parto, a dará ao casal. Ou seja, no caso da mãe de substituição, a mãe é, ao mesmo tempo, genitora e gestante.

Na verdade, pode acontecer de a barriga de substituição envolver uma terceira mulher, de molde a haver a que forneça seu útero para a gestação, a segunda, doadora do material genético e, a terceira, que será a mãe "civil", no sentido de que, caberá a esta última a atribuição da maternidade. Neste sentido, Gonçalves (2018, p. 323) cita o caso ocorrido em Florianópolis de uma criança nascida a partir da união do sêmen do pai com o óvulo de uma doadora anônima e implantação no útero da irmã do pai. Posteriormente, foi requerido o registro da paternidade e maternidade em nome do pai biológico e da esposa deste.

Fora do âmbito jurídico, a barriga de substituição é conhecida como "barriga de aluguel", todavia, tal nomenclatura não pode ser aceita à luz do direito brasileiro, tendo em vista que é vedado o pagamento pela utilização do útero alheio. A Resolução nº 2168/2017 (LEGISWEB, 2019) do Conselho Federal de Medicina no tópico VII de seu anexo, estabelece que a cessão temporária do útero não poderá ter fim lucrativo ou comercial, ou seja, no Brasil, não há pagamento à mãe de substituição. De molde que, concordamos com Tartuce (2016, p. 422) quando diz que "melhor seria então, falar em barriga de comodato, pois o caso é de empréstimo ou doação temporária de útero". Sendo o comodato o empréstimo gratuito, não remunerado de uma coisa infungível (que não pode ser substituído por outra idêntica), e, na doação temos a transferência da propriedade de um bem de seu dono para outra pessoa, cremos que a nomenclatura mais adequada seria a de comodato.

Ademais, a Resolução acima citada estabelece que a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros com parentesco consanguíneo até o quarto grau. Sendo o primeiro grau mãe/filha; o segundo, avó/irmã; no terceiro grau temos tia e sobrinha; no quarto grau, prima. Fora das relações parentais apontadas, incide a necessidade da autorização do Conselho Regional de Medicina.

Ainda exige tal Resolução que a idade máxima das candidatas à gestação por meio das técnicas de reprodução assistida (RA), seja de no máximo 50 (cinquenta) anos.

2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E OS VALORES QUE PERMEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

O direito, enquanto regra de conduta a ditar o comportamento dos indivíduos na sociedade em que se insere, acaba por ser uma manifestação do pensamento

ISSNe 2595-1602

dominante em determinado lugar ou determinada época. Como é próprio do humano o refletir e mudar de ideia acerca de determinados temas, é normal que o direito acompanhe tais mutações, sob pena de cair na obsolescência e na ineficácia.

O direito brasileiro mudou bastante ao longo do tempo, e, o direito de família talvez tenha sido aquele que mais mudanças impactantes tenha experimentado. Do Código Civil de 1916 ao Código de 2002 (BRASIL, 2019), pode-se observar uma mudança axiológica substancial no que tange à forma de enxergarmos a família.

Da impossibilidade do reconhecimento do filho nascido fora do casamento em decorrência de uma relação adulterina ou incestuosa, alcançamos a vedação de tratamento desigual para com os filhos. Deixamos a sociedade patriarcal, onde o marido era o dirigente único, para abraçarmos a direção conjunta em que o pátrio poder foi substituído pelo poder familiar. Da inexistência do divórcio, partimos para a possibilidade do divórcio livre e sem prazo para ser exercido.

A união afetiva e sedimentada no tempo, mas fora do casamento, outrora chamada apenas de concubinato e sem geração de direitos, foi substituída pela união estável, figura respeitada e acolhida pelo ordenamento como mais uma espécie de entidade familiar. Enfim, vários outros progressos foram alcançados no direito brasileiro, muito especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, cuja visão humanista ajudou a debelar conceitos arcaicos e injustos que puniam certas pessoas que estavam fora da relação matrimonializada.

A partir da referida Lei Maior e de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial acabamos por desembocar em um Direito de Família que abraçou certas ideias e construiu-se a partir de determinados princípios que formam as diretivas das relações familiares no direito brasileiro. Para efeito de focarmos no tema do presente artigo, apresentaremos alguns destes princípios que, entendemos, devem nortear as questões pertinentes à reprodução assistida.

ISSNe 2595-1602

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Princípio fundamental da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018), consagrado em seu artigo 1º, inciso terceiro, a dignidade da criatura humana deve ser visto como uma das bússolas primordiais a guiar o criador, o intérprete e o aplicador do direito.

Ao analisar tal princípio, Soares (2010, p. 142) diz que a palavra dignidade, advém do latim *dignitas*, que significa “valor intrínseco”, “prestígio”, “mérito” ou “nobreza”, o que conduz à ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo, ou seja, é revestido de uma qualidade que lhe é inerente, tornando impossível que se transforme em meio para o alcance de valores econômicos, políticos e ideológicos.

Sob o patrocínio do pensamento esboçado podemos dizer que toda pessoa - independente de questões “periféricas”, como cor, raça, sexo, orientação sexual, religião, situação, econômica ou social - é portadora de um mérito próprio, inerente a sua condição de criatura humana que a torna merecedora de respeito e consideração por parte de todos.

Ao entremearmos o princípio da dignidade com o direito de família e os interesses da criança e do adolescente, valemo-nos das palavras de Madaleno (2013, p. 45) quando diz que a Constituição Federal em seu artigo 227:

> Prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade o dever à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.

Quando confrontamos o princípio da dignidade humana e a reprodução assistida por meio de uma doação de sêmen/óvulos de anônimos, em que o concebido não tem acesso à sua identificação, posto que a Resolução 2168/2017 (LEGISWEB, 2019) do Conselho Federal de Medicina garante o anonimato do doador de gametas ou embriões, pensamos haver um desrespeito ao princípio referido e, valendo-nos do pensamento de Rolf Madaleno de que a criança/adolescente cuja personalidade está sendo formada, maior proteção necessita, é de se aventar que não permitir-lhe conhecer sua real origem genética pode prejudicá-la psicologicamente.

O que não significa dizer que o adulto não deva também sofrer pela incerteza de sua origem, só desejamos deixar claro que a rede protetora que se formou ao redor da criança e do adolescente não tolera a ideia de molestar o direito inato de ter acesso á origem genética. No adulto, já estando formada a personalidade, o direito de saber quem é sua pai/mãe genética está assegurado pelo seu “valor intrínseco” de criatura humana e de outros princípios que permeiam o direito de família e que analisaremos a seguir.

ISSNe 2595-1602

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA

A Carta Magna brasileira estabelece em seu artigo 5º a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, assegurando a nacionais e estrangeiros aqui residentes, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Segundo Bandeira de Mello (2011, p. 10):

> A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

> Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situação equivalentes.

Se o princípio da dignidade humana, carrega consigo, a ideia de que toda pessoa é dotada de um mérito, de um valor próprio, a determinação de um tratamento igualitário a todos que se encontrem na mesma situação fática e jurídica, acaba por ser uma consequência lógica.

Para a Lei, todos são iguais em direitos e deveres e o legislador não poderá usar do mecanismo normativo para estabelecer distinções iníquas, baseados em elementos como sexo ou religião, por exemplo. O que não significa dizer que o legislador feche os olhos para o fato de que, mesmo sendo igualitariamente merecedores de respeito, temos nossas diferenças, que nos tornam criaturas únicas. Neste sentido, o mesmo Bandeira de Mello (2011, p. 11) exemplifica com o fato de que há homens altos e aqueles de estatura baixa. São diferentes fisicamente entre si. Todavia, o legislador não pode se valer de tais caracteres diferenciados para estabelecer um tratamento injusto entre estes homens. Seria aberrante que a Lei estabelecesse que só os altos pudessem firmar contrato de compra e venda.

Assim é que, as diferenciações estabelecidas em lei, devem ater-se a elementos que nem sejam discriminadores ou injustos, a ponto de tolher direitos inerentes à pessoa.

Saber quem é seu genitor, é direito decorrente da personalidade humana. Como dito em outro trecho do presente trabalho, a curiosidade de saber quem o trouxe para o mundo, ou forneceu o material genético que propiciou sua concepção é natural.

É por esta razão que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) (BRASIL, 1990) estabelece, em seu artigo 48, que o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar dezoito anos. No parágrafo único do mesmo artigo há a diretiva de que, o acesso ao processo pode ocorrer antes da referida idade, se houver pedido do adotado, assegurada assistência jurídica e psicológica.

Na adoção, temos um procedimento que permite a alguém ser desligado de sua origem biológica para fazer parte da família de seu(s) adotante(s). Por meio dela cria-se um vínculo jurídico que torna o adotado filho do adotante, com todos os direitos e deveres que teriam um filho consanguíneo.

Numa inseminação artificial heteróloga, um doador cede seu sêmen para que uma mulher casada/convivente engravide de um homem que não é seu marido/companheiro, todavia, devido à permissão anterior deste quanto ao procedimento, tornar-se-á o pai “jurídico”.

Podemos ainda ter o caso de mulher solteira que recebe sêmen de doador anônimo, ou de doação de óvulo para que outra mulher possa gerar em útero de substituição.

ISSNe 2595-1602

Ora, porque razão o adotado tem a possibilidade de saber quem é seu genitor biológico, enquanto aquele que advém do processo de inseminação artificial, não titulariza o mesmo direito? Só o adotado teria a curiosidade de saber sua origem? Ou estamos diante de um desrespeito aos princípios da igualdade e dignidade?

2.3 PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao longo da história a família mudou drasticamente sua trajetória. Se durante longo tempo tivemos a entidade matrimonializada como a única espécie de figura juridicamente protegida, hodiernamente prevalece o princípio do pluralismo familiar. O pai, já não gere sozinho e com mãos de ferro a comunidade familiar. Ademais, alguns princípios foram erigidos a papeis de destaque no direito de família.

Dentre os princípios de destaque, apresentamos o do superior interesse da criança e do adolescente, que, nas palavras de Diniz (2018, p. 37) permite o desenvolvimento integral da personalidade destes e é diretriz solucionadora das questões de conflito que ocorram no seio da família, tais como aquelas referentes à guarda, divórcio, visita, etc.

Com base neste princípio, defendemos que a cláusula do anonimato do doador de material genético não pode prevalecer contra o concebido por meio de reprodução assistida. Se a lei tem em vista o pleno desenvolvimento da personalidade da criança/adolescente não pode encontrar barreira na vontade do doador que deseja manter-se no anonimato.

Poder-se-ia objetar o altruísmo do cedente do material genético que possibilitou a concepção, ou, que a maternidade é um direito também resguardado juridicamente e a quebra do anonimato desestimularia muitos doadores e impediria a realização do sonho de ser mãe/pai de quem não pode conceber naturalmente.

Não nos falta empatia para com aqueles que sonham ter um filho e não alcançam êxito, nem estamos defendendo o fim da reprodução assistida, todavia, entre os interesses daquele que não pediu para vir ao mundo e aqui chegando, nutrem o desejo de saber quem são seus genitores, entendemos que o ordenamento abarca o interesse dos últimos.

Precisamos fazer a distinção entre o conhecimento acerca da identidade de seu genitor e o conhecimento sobre os dados genéticos dos doadores anônimos. Como não temos uma lei específica tratando da questão da identidade do doador do material genético, o Conselho Federal de Medicina, cuida do tema por meio da Resolução 2168/2017 (LEGISWEB, 2019).

A referida resolução determina o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, estabelecendo que, em situações especiais, por razões médicas, informações sobre os doadores podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador, ou seja, caso o concebido apresente algum problema de saúde e precise de informações genéticas do doador, poderá ter acesso aos dados. Mas, frise-se, dados genéticos, não aqueles que apontem a identidade civil do doador.

ISSNe 2595-1602

Embasados na dignidade humana, na igualdade jurídica e no superior interesse da criança e do adolescente, entendemos que o concebido por meio de reprodução assistida tem o mesmo direito do adotado aos dados da identidade civil do doador e não apenas dados de caracteres genéticos (que doenças, por exemplo, acometem a gênese deste doador).

Ademais, tal conhecimento não visa gerar direitos patrimoniais, como a herança ou alimentos, que serão fornecidos pelos pais registrais, trata-se do atendimento de interesses que entendemos inerentes ao concebido em decorrência de princípios primordiais do direito.

3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS APLICADOS ÀS QUESTÕES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Sem dúvida nenhuma, o contrato é um dos grandes institutos do direito privado. A força econômica do contrato, capaz de gerar riquezas e de permitir aos particulares o poder de gerenciar seus interesses, elevam tal figura a um papel de destaque no mundo jurídico. Ao traçar uma definição para o contrato, Monteiro (2003, p. 5) aduz que:

> Para Aristóteles, contrato era uma lei feita por particulares, tendo em vista determinado negócio; outro não é o conceito da escola moderna de Kelsen, que vê no contrato a criação de uma norma particular.
>
> De nossa parte, podemos conceituá-lo como o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito. Por esta definição, percebe-se, para logo, a natureza e a essência do contrato, que é um negócio jurídico e que por isso reclama, para a sua validade em consonância com o art. 104 do Código Civil de 2002, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

ISSNe 2595-1602

A partir das ideias expressas, encontramos no contrato, dois caracteres: 1) É ato de vontade. Ao contratarem, os indivíduos expressam seus desejos tendo em vista o alcance de determinado objetivo. Para ter validade, esta vontade há de ser livre e isenta de defeitos que podem nulificar o acordo; 2) o contrato gera um vínculo entre as partes que dele participaram. Torna-se “lei” entre as partes.

Foge do escopo do presente artigo estudar a figura contratual em si e os princípios que a regem. Todavia, baseado na doutrina em geral, citaremos a dignidade humana, a autonomia da vontade, a força obrigatória, a função social, a boa-fé objetiva e a relatividade subjetiva dos efeitos dos contratos, como os mais destacados princípios da moderna seara contratual.

Ao ligarmos o contrato e seus princípios com a questão da reprodução medicamente assistida, nos valeremos do princípio da relatividade subjetiva dos contratos, para defendermos o direito do concebido de ter acesso à identidade do doador(a) do material genético.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 16):

> Regra geral, os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, razão porque se pode afirmar que a sua oponibilidade não é absoluta ou erga omnes, mas, tão somente, relativa.
>
> Como negócio jurídico, em que há a manifestação espontânea da vontade para assumir livremente obrigações, as disposições do contrato, a priori, somente interessam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação jurídica obrigacional.

Assim, o contrato é um negócio jurídico que nasce da autonomia de vontade das partes e consequentemente, determina aos contratantes a manutenção do compromisso que assumiram, posto que gera a obrigatoriedade do mesmo. No caso de reprodução assistida com uso de material genético de terceiros, os que pretendem assumir o papel de pais registrais do concebido, comprometem-se perante a clínica e o doador(a) anônimo(a), a não perquirir sua identidade e não lutar por direitos de caráter patrimonial em benefício do filho.

Trata-se pois, de uma relação assumida entre doadores e receptores, ficando completamente de fora os direitos daquele que teve seus interesses gerenciados enquanto sequer existia e que lhe tolhe o direito de conhecer seus pais genéticos.

Se o contrato é lei entre as partes que o firmaram, não pode ser oponível ao filho que dele não participou. Pode-se salientar que nenhum princípio é absoluto em si mesmo, e, teremos de concordar. Direitos entram em choque e, mesmo os direitos da personalidade colidem entre si, cabendo ao intérprete e ao aplicador do direito decidir no caso concreto qual será o preponderante. O direito de saber do filho deve prevalecer sobre o direito ao anonimato do doador.

ISSNe 2595-1602

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso da Ciência alcançou patamares talvez nunca testemunhado pela humanidade. Não que tenhamos descoberto tudo agora, mas, a rapidez com que temos desbravado determinados territórios do conhecimento, provoca fascínio, mas também um tanto de temor. Talvez não estejamos sabendo lidar com este fascinante mundo novo, e, quiçá teremos ainda muito que desvendar acerca da temática ora debatida.

Há muito tempo, o homem descobriu como ocorre o mecanismo da reprodução, todavia, a geração de uma criatura humana em laboratório é algo novo se levarmos em consideração nossa história sobre a terra. A priori, é maravilhosa a ideia de facilitar a vida de quem tem o projeto da maternidade/paternidade, mas não consegue levá-la adiante.

Pensamos em quão altruísta é a criatura que doa seu material genético para viabilizar o sonho de ter um filho. No entanto, fica a questão de saber o que acontece

com aquele que é fruto da reprodução assistida e que, durante sua vida não saberá quem, do ponto de vista genético é seu pai ou sua mãe.

Pode-se alegar que o moderno direito de família estrutura-se na ideia do afeto. Parente é alguém a quem estou ligado não por laços de sangue, mas pelo vínculo do amor construído no cotidiano da existência. De fato, o afeto é o elemento central da comunidade familiar. Se meu pai ou mãe biológicos me abandonam e alguém me recebe em seu lar como seu filho, por meio da adoção, o amor, nascido da convivência me tornarão filhos de meus adotantes.

Mas, amar quem me recebeu como filho, não arreda o meu direito de saber quem me gerou. Tal curiosidade é natural. O filho adotivo, por exemplo, pode amar seus pais adotivos, sem deixar de querer saber quem são seus pais biológicos. Eis a razão de o Estatuto da Criança e do Adolescente permitir que o adotado tenha acesso ao seu processo de adoção e conheça seus genitores.

Onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo direito. Eis uma premissa básica que o estudante de direito já nos primeiros momentos do curso jurídico aprende. Se o adotado tem acesso à identidade de seus pais, não podemos negar o mesmo direito ao concebido por inseminação.

O “direito de saber” não implicaria na possibilidade de tal filho requerer direitos patrimoniais do doador anônimo, nem mesmo o dever de guarda ou visitas. Estaria tal direito embasado na ideia de que constitui um direito da personalidade poder ter acesso a informações da identidade do pai/mãe genético para que o indivíduo possa se compreender enquanto pessoa. Saber qual a aparência dos meus pais, parece algo tão simplório, mas talvez só seja para aquele que teve a chance de conhecer quem o gerou. Para quem não teve tal oportunidade, fica o grande ponto de interrogação.

Com fulcro nos princípios da dignidade humana, da igualdade jurídica, do superior interesse da criança e da relatividade dos contratos, entendemos que a Resolução do Conselho Federal de Medicina que estabelece o anonimato do doador perante o concebido, não tem força jurídica e que é mister que o legislador ordinário se debruce sobre o tema, criando a norma jurídica que permita ao filho o direito de saber quem são seus pais.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10-01-2002**. **Código Civil.** 3. ed. São Paulo: Edipro, 2019.

_____. Constituição Federal. **Míni Código Saraiva**. Obra coletiva da Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 26 maio 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil**: famílias. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 6. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEGISWEB. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2168 de 21/09/2017. Disponível em: <https//www.legisweb.com.br/legislação/?id=352362>. Acesso em: 26 maio 2019.

LEMOS, Vinícius. **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras**. BBC Brasil. Reportagem de 29/11/2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205>. Acesso em: 26 maio 2019.

LIMA NETO, Franciso Vieira. **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem**. In: Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios. Organizado por Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: família. 9. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ISSNe 2595-1602

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 20. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 2ª parte. 34. ed. Revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade.** São Paulo: Editora Themis, 2000.

SILVA, Elaine Cristina. **Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida**. In: Temas polêmicos de direito de família. Organizadores: Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito de Família. 11. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 16. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2016.

ISSNe 2595-1602

LEI ROUANET SEM FAKE NEWS

Ana Flávia Pedroso Silva [1]

Lucas Anacleto de Lellis e Andrade [2]

RESUMO

O presente artigo aborda uma análise da Lei 8.313/91, mais conhecida como ‘’ Lei Rouanet’’, que é o principal mecanismo de fomento à cultura no Brasil, visando, em primeiro plano, esclarecer ao leitor sobre como e por que a lei foi criada, a sua finalidade, os meios de incentivo às atividades culturais disponíveis, o contexto sociocultural no qual ela foi inserida e o modo como os recursos captados pela lei são distribuídos no cenário nacional. Analisa-se também quais deveriam ser e quais realmente são os beneficiados por essa lei, bem como seus pontos positivos e negativos. E por fim, aborda as mudanças recentes que a lei recebeu, bem como, a onerosidade e superfaturamento que esse mecanismo traz para o governo, levantando assim, questões sobre como/se esses recursos poderiam ser melhor utilizados em outras áreas.

Palavras-chave: Lei Rouanet. Cultura. Superfaturamento. Governo. Recursos.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda em Direito da PUC/GO, estagiária de Direito da Advocacia Geral da União. E-mail: anaflaviapedrososilva@hotmail.com

[2] Graduando em Direito da PUC/GO, estagiário de Direito do Romanhol Advogados e Associados. E-mail: lanacleto591@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Lei Rouanet, ou tecnicamente falando, a Lei n° 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que foi legitimada pelo ex – presidente Fernando Collor de Mello, tem por finalidade instaurar políticas públicas para a cultura nacional e traz à baila os princípios da já extinta Lei n° 7.505, de 02 de julho de 1986, do também ex – presidente José Sarney. A Rouanet utiliza-se de proventos fiscais na área do imposto de renda concedidos a obras de caráter cultural ou artístico. A referida lei leva este nome em homenagem ao então secretário da Cultura do Governo Federal Sérgio Paulo Rouanet.

O propósito da Rouanet é certificar e manter o patrimônio histórico e cultural no Brasil, por meio de incentivo e propagação da cultura do país e da diversidade cultural e étnica. Foi o mecanismo encontrado pelo governo para difundir os investimentos na área cultural da nação, cujo alicerce é a promoção, proteção e valorização das expressões culturais nacionais.

Nos últimos tempos, a lei tem sido ligada a financiamentos ilegais e de natureza fraudulenta, porém, seu intuito primário é regulamentar o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), pelo qual existe a possibilidade de doação direta ou indireta a projetos de fomento à cultura. Merece destaque a política de incentivos fiscais, que é o meio pelo qual pessoas físicas e jurídicas podem aplicar parte do Imposto de Renda devido em ações culturais, sendo que o legislador instituiu um percentual de até 6% para pessoas físicas e até 4% para pessoas jurídicas. Um dos estímulos para as empresas, por exemplo, é a valorização de suas marcas junto ao público.

Para que seja possível que uma pessoa ou empresa possam contribuir, no entanto, o projeto escolhido precisa primeiramente ser aprovado pelo Ministério da Cultura (MinC), e justamente nesse ponto, alega-se que as coisas se perdem entre diversos casos de aprovações de valores exorbitantes para projetos que não contemplam tal prestígio. No Ministério, faz-se um exame de admissibilidade, que diz respeito a viabilidade técnica da atividade cultural ou artística a ser realizada. Aprovada a proposta, encontra-se apta para a conversão em projeto.

Em suma, o caminho para que uma proposta de âmbito cultural venha a se tornar projeto e ter todas as suas finalidades atingidas não é longo e nem árduo, principalmente se tal proposta for de iniciativa de pessoas influentes no meio artístico nacional, haja visto que o fator visibilidade é um grande atrativo para os incentivadores desses projetos. Por ser relativamente simples e deixar brechas para questionamento dos procedimentos e meios envolvidos, a Rouanet têm sido objeto de duras críticas pelo Brasil, principalmente em relação aos seus altos valores, iniciativa e distribuição.

ISSNe 2595-1602

Por isso, o presente artigo analisará o procedimento da Lei Rouanet, a distribuição dos recursos pelas diversas culturas nacionais, os interesses e principais dúvidas relacionados a aprovação de seus projetos, trará alguns casos emblemáticos e polêmicos, assim como levantará questionamentos sobre uma possível melhor distribuição dos recursos destinados a esse ramo e uma proposta diferente de iniciativa cultural.

2. A LEI ROUANET

A Lei 8.313/91 é o principal mecanismo de fomento à cultura no Brasil, sendo assim, é responsável por traçar as diretrizes pelas quais o Governo Federal promoverá o incentivo à projetos artístico-culturais. Para estabelecer esse incentivo, a Rouanet instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), com a finalidade de estimular a produção, a distribuição e o acesso aos produtos culturais, proteger e conservar o patrimônio histórico e artístico e promover a difusão da cultura brasileira e a diversidade regional, entre outras funções.

Para cumprir este objetivo, a Lei estabelece em seu artigo 2° três formas pelas quais o Governo Federal deve disponibilizar recursos para os referidos projetos, são elas, o Fundo Nacional da Cultura (FNC), o Incentivo Fiscal e o Fundo de Investimento Cultural e Artístico (Ficart).

Atualmente, ganham destaque os incentivos fiscais promovidos pela própria Lei, também denominados mecenatos. Estes estímulos beneficiam artistas em todo o Brasil.

2.1. O Fundo Nacional da Cultura, o Incentivo Fiscal e o Fundo de Investimento Cultural e Artístico

O Fundo Nacional da Cultura (FNC) representa o investimento direto do Estado no fomento à Cultura, já que o apoio a projetos decorre de recursos do orçamento da União dentre outras fontes, como 3% do valor bruto arrecado pelas loterias federais e doações. O apoio via FNC tem como objetivo promover a distribuição regional dos recursos de forma equilibrada e é voltado aos projetos com maior dificuldade de captação junto ao mercado. O fomento se dá, mais comumente, por meio de editais de seleção o que proporciona aderência às políticas do Ministério da Cultura (MinC), alcançando maior equilíbrio regional, social e econômico. O FNC é afetado diretamente por qualquer arrecadação de recursos pela União, ou seja, se a arrecadação vai bem, o FNC caminha da mesma forma, e vice-versa.

O incentivo é um mecanismo em que a União faculta às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, no apoio direto a projetos culturais aprovados pelo Ministério da Cultura. Desta maneira, o incentivo fiscal estimula a participação da iniciativa privada, do mercado empresarial e dos cidadãos no aporte de recursos para o campo

ISSNe 2595-1602

da cultura, diversificando possibilidades de financiamento, ampliando o volume de recursos destinados ao setor, atribuindo a ele mais potência e mais estratégia econômica. Esta prática é conhecida como mecenato, e será explanado mais a frente sobre suas particularidades, bem como cada uma de suas etapas, já que hoje é a forma mais utilizada de fomento cultural.

O Fundo de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) é um fundo de captação no mercado, criado para apoiar projetos culturais de alta viabilidade econômica e reputacional. No Ficart, o financiamento do projeto cultural prevê lucro para o investidor.

3. CONTEXTO SOCIOCULTURAL

Conforme observado anteriormente, a Lei Rouanet foi instituída com o objetivo de levar a cultura para quem não possui recursos econômicos para buscá-la por sua própria conta, o intuito, em suma, foi o de gerar inclusão nesta área tão importante para toda nação que é ou pretende ser desenvolvida algum dia, não obstante esse fato, a Lei também tem como objetivo oportunizar aos menos afortunados, formas de levar seus projetos culturais adiante. Porém, isso funciona somente no papel.

Vivemos em uma realidade, onde a total integração social infelizmente é uma utopia, e isso ocorre, pelo menos no Brasil, não por falta de leis que preguem a igualdade social e de positivamente determinem que as mais diversas áreas da Administração Pública procedam de forma à levar para a prática essa integração, mas sim por um fator cultural, onde geralmente, predominam as classes sociais com mais recursos e influência.

Em se tratando da Lei de Incentivo à Cultura não é diferente, pois, por mais que esteja previsto que é possível a submissão de qualquer projeto para que seja passível de aprovação, os nomes mais influentes no cenário cultural acabam por levar esses recursos, seja por sua própria influência ou por terem condição de apresentar um projeto mais ‘’ robusto’’ e dar mais visibilidade à quem patrocina sua causa, ou seja, infelizmente, pela corrupção enraizada no seio da população brasileira.

Portanto, a Lei, que deveria ser um belo projeto de inclusão social e uma forma altamente relevante de levar conhecimento, gerar oportunidades e não obstante a isso, com certeza contribuir para a formação de nossas crianças e adolescentes, acaba por perder a sua essência e beneficiar os indivíduos que pelas mais diversas razões, não necessitariam de tal e de tamanho benefício. Poderemos observar alguns desses casos mais adiante, no tópico 5.

4. DESTINAÇÃO DOS RECURSOS CAPTADOS PELA LEI ROUANET

ISSNe 2595-1602

Como dito em linhas volvidas, empresas e pessoas físicas podem destinar uma parcela do Imposto de Renda (IR) devido para apoiar projetos aprovados pelo Ministério da Cultura (MinC), porém, uma questão que traz bastante estranheza a todos que tomam ciência de sua resposta é: em qual região do cenário nacional se concentra a maior parte desses recursos captados?

Em tese, deveria haver uma divisão igualitária de recursos captados para que todas as regiões fossem beneficiadas e nenhuma ficasse prejudicada a cargo de outra, porém, nesse ponto, esbarramos em uma das falhas da referida Lei. A Rouanet não delimita um percentual de recursos devido à cada região, deixando totalmente a cargo do particular a escolha, o livre arbítrio para escolher no que investir.

O livre arbítrio para escolher em qual projeto investir com certeza é algo positivo, porém, com toda essa libertinagem deixada pelas lacunas da lei, se torna algo prejudicial para as regiões que não possuem tanta evidência no cenário nacional, sendo assim, seria muito benéfico que a Rouanet continuasse concedendo a liberdade de escolha ao particular, porém, com algumas ressalvas, a fim de possibilitar uma maior inclusão aos entes da nação.

Ocorre que, a maior concentração de recursos captados através da Lei de Incentivo à Cultura atualmente concentra-se nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Para ilustrar essa situação, vale trazer à baila dados de 2017, que atestam que no ano mencionado, o mecanismo captou sozinho R$ 1,19 bilhão, sendo R$ 937 milhões para a região Sudoeste. O Estado de São Paulo recebeu sozinho R$ 542 milhões, e a capital paulista, R$ 484 milhões. Tamanha desigualdade, infelizmente, é a realidade brasileira

ISSNe 2595-1602

5. CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO MIDIÁTICA

5.1 Shows Cláudia Leitte – R$ 5,8 milhões

À cantora Cláudia Leitte foi permitido, pelo Ministério da Cultura, o exato valor de R$ 5.883.100,00 para shows ao vivo no ano de 2013, com produção da Produtora Ciel LTDA. Em meio a vários comentários que repercutiram, à artista foi concedido apenas R$ 1,2 milhões.

5.2 Filme Brizola, Tempos de Luta e exposição Um brasileiro chamado Brizola – R$ 1,9 milhão

O Ministério da Cultura autorizou, no ano de 2006, um valor de R$ 1.886.800,38 para que a produtora Extensão Comunicação e Marketing LTDA que fossem filmados dois filmes a respeito da vida de Leonel Brizola. Foi coletado somente R$ 1.052.100 para a iniciativa.

5.3 Cirque Du Soleil – R$ 9,4 milhões

No ano de 2005, o circo canadense que desembarcava no Brasil pela primeira vez, teve um valor de R$ 9.400.450,00 anuído para ser captado em recursos. Com produção do T4F Entretenimento S.A. as empresas Bradesco e Gol puderam requerer por desconto no pagamento de impostos. Considerado um dos circos mais caros do mundo, que quem desejar presenciá-lo deve ainda pagar valores exorbitantes.

5.4 Instituto Cultural Inhotim – R$ 10 milhões

Sediado em Brumadinho – Minas Gerais, o Instituto Cultural Inhotim recebeu no ano de 2017 incentivos fiscais orçados em R$ 10.592.266,65 para preservação, exibição e criação de artes transferidos pela Lei Rouanet.

5.5 Expomus – R$ 12 milhões

Em funcionamento desde 1981, a Exposições Museus Projetos Culturais LTDA, opera em eventos como a exposição do Museu de Arte Sacra em Paraty – Rio de Janeiro, oportunizando a criação de espaços culturais. A empresa recebeu, do Ministério da Cultura, no ano de 2015 o valor de R$ 12.286.000,00 para a fomentação da cultura.

6. PONTOS POSITIVOS X PONTOS NEGATIVOS

A possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas de propiciar propostas culturais vem como forma de ajudar o governo federal a fornecer cultura para a população, visto que apenas o governo não consegue obter recursos o suficiente para abranger toda a necessidade de um povo. A Lei de Renúncia Fiscal possibilitou que diversas formas de arte, sejam elas museus, teatro, cinema, etc., fossem patrocinadas pela Lei Rouanet, deduzindo então o imposto de quem o patrocinou. Na teoria é tudo muito uniforme, mas na prática as coisas não são bem assim.

A operação Boca Livre da Polícia Federal, iniciada em junho de 2016, colocou a Lei Rouanet em evidência no cenário nacional, pelo fato de R$ 180 milhões, até onde se sabe, terem sido captados junto à iniciativa privada, porém, deixaram de ser destinados a projetos culturais, ou seja, foram alvo de corrupção. Nesse período, a opinião de importantes pesquisadores ligados à gestão cultural sobre a Lei Rouanet foram ouvidas, dentre eles, Flávia Botelho e José Teixeira Coelho Netto.

De acordo com Flávia, o maior benefício da Lei de incentivo para a sociedade é a sua capacidade de viabilizar projetos, pois por mais que existam críticas ao seu *modo operandi,* fato é que depois de sua vigência o número de projetos culturais aumentou consideravelmente. A pesquisadora ainda complementa, dizendo que o governo hoje não teria capacidade de implementar tantos projetos culturais por falta de recursos, portanto, o apoio da iniciativa privada é essencial.

ISSNe 2595-1602

Por outro lado, Flávia critica a enorme concentração de projetos na região Sudeste do país, principalmente, no Estado de São Paulo, em sua visão, um dos maiores desafios para os próximos anos, tanto para o governo, quanto para os apoiadores da iniciativa privada, consiste em voltar seus olhares para as regiões menos beneficiadas e viabilizar projetos que cheguem até elas, porém, com enorme cuidado para não descontruir o avanço já feito na região Sudeste.

Teixeira Coelho se manifestou elogiando os mesmos pontos da pesquisadora, pois a iniciativa privada é essencial para o desenvolvimento de projetos culturais. Ele argumenta que não cabe somente ao Estado dizer o que pode ser considerado cultura, qual meio cultural fomentar, onde fomentar e como desenvolver esses meios no cenário nacional, portanto, a participação ativa da sociedade civil nessa construção seria de suma importância, pois no final das contas, ela é a maior beneficiada.

No campo das críticas, a corrupção tomou conta de seu discurso, onde criticou o desvio de recursos captados pela iniciativa cultural, o que infelizmente, é uma realidade no país. Outra forte e pertinente crítica, diz respeito ao monopólio do mecanismo pelo Governo Federal, em sua opinião, deveria haver uma desconcentração nesse sentido, possibilitando aos Estados e municípios uma participação ativa na distribuição desses recursos e implementação de projetos.

ISSNe 2595-1602

Por fim, uma crítica do grupo que vos escreve, consiste no fato de que, apesar dos eventos receberem subsídios privados para patrociná-los, não há ingressos gratuitos ou de menor valor em quantidade suficiente para um determinado grupo de pessoas que não conseguem muitas vezes pagar para estarem em eventos artísticos. O pensamento de críticos da lei é que os artistas por trás do evento escolhido para ser patrocinado pela lei irão receber duas vezes por um mesmo projeto.

7. MUDANÇAS RECENTES NA LEI ROUANET

Recentemente, no dia 24.04.2019 (quarta-feira) foram publicadas pelo ministro da cidadania, Osmar Terra, diversas alterações na Lei Rouanet, sendo uma delas, a utilização do nome Lei de Incentivo à Cultura, pois de acordo com o ministro, o nome Lei Rouanet não será mais utilizado pelo governo, porém, pela popularidade e reconhecimento do nome, ele dificilmente caíra no esquecimento do cidadão.

Vejamos portanto, as mudanças que foram implementadas na Rouanet, ora Lei de Incentivo à Cultura:

7.1. Limite de captação de recursos

Anteriormente, o limite de captação de recursos tinha um teto de R$ 60 milhões por projeto, sendo que, o limite de recursos captados por empresa também era de R$

60 milhões, porém, com a mudança, o limite máximo de recursos que uma empresa poderá receber para viabilizar seu projeto cai para R$ 10 milhões, sendo que, poderá captar somente R$ 1 milhão por projeto e 16 projetos por ano.

7.2. Mais ingressos gratuitos

Projetos financiados pela Lei deverão, obrigatoriamente, reservar o mínimo de 20% dos ingressos para distribuição gratuita com caráter social, educativo ou de formação artística, sendo que, anteriormente, o mínimo era de 10%. Além disso, o limite máximo de distribuição gratuita para patrocinadores e ações promocionais passou a ser de até 10%, anteriormente, era de até 20%.

7.3 Exclusões de patrimônios tombados

Atualmente, projetos de patrimônio tombado, como por exemplo, restaurações, construção de teatro e cinema em pequenas cidades, bem como, planos anuais de museus e orquestras, ficam excluídos da Lei de Incentivo à Cultura.

7.4. Divulgação limitada

Os custos da divulgação de projetos não poderão ultrapassar 30% do valor do projetos de até R$ 300 mil reais, sendo que, para os demais projetos não poderão ultrapassar o limite de 20%.

7.5. Limite de gastos com ‘’ festas populares’’

Com a vigência das mudanças, os limites de gastos com ‘’ festas populares’’ passam a ser de R$ 6 milhões, sendo que essas festas, consistem em ações de inclusão da pessoa com deficiência, eventos educativos em geral, prêmios, pesquisas, óperas, festivais, concertos sinfônicos, desfiles festivos, corpos estáveis, datas comemorativas nacionais com calendário específico, eventos literários, ações de incentivo à leitura e exposições de artes visuais.

7.6. Uma tentativa de tornar a lei igualitária

O Governo discute, além dessas mudanças, a possibilidade de aumentar em até 50% a quantidade de projetos a serem integralmente realizados nas regiões Sul e nos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais, e de um aumento de até 100% nas regiões Norte, Nordeste ou Centro-Oeste.

7.7. Mudanças recentes

Tais mudanças, como todas as mudanças operadas em qualquer área do cenário nacional, foram alvos de críticas e elogios, onde as principais críticas consistem no argumento de que a redução do teto máximo para captação de recursos

ISSNe 2595-1602

pode comprometer bastante projetos mais robustos que demandem mais recursos, gerando assim, desemprego.

Por outro lado, o ponto mais elogiado dentre todas as mudanças, foi a tentativa de uma distribuição mais igualitária de recursos, ou seja, a desconcentração do eixo Rio-São Paulo, levando as benesses da Lei para as regiões menos privilegiadas. A redução do teto máximo para captação de recursos, apesar de criticada por alguns, foi muito elogiada por outros, que enxergam nessa medida uma forma de minar a corrupção e o desvio de verbas no principal meio de incentivo cultural do país.

8. UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS CAPTADOS

Esse ponto é duramente criticado pela maioria dos brasileiros, muitas vezes sobre o argumento de que os recursos investidos na cultura poderiam ser melhor destinados, por exemplo, para áreas como a educação, saúde e desenvolvimento tecnológico. Ponto esse, que foi levantado inclusive pelo atual Presidente da República Jair Bolsonaro, durante campanha presidencial. Porém, tais críticas não são realmente fundadas, e além do mais, não é possível que uma sociedade evolua sem um desenvolvimento cultural satisfatório

No que tange ao primeiro ponto, o problema é que a opinião desses cíticos geralmente remete ao senso comum e a réplica de um, na fala de outro. Geralmente, os que argumentam nesse sentido não tem nenhum (ou pouco) amparo teórico ou numérico para tecer tais críticas, e a propósito, quando buscamos fundamentos matemáticos, os números nos mostram que a Rouanet é uma Lei que dá lucro.

Como visto anteriormente, a Lei Rouanet não é uma fonte somente de saída de recursos, de acordo com pesquisadores da FGV, em estudo encomendado pelo Ministério da Cultura, para cada R$ 1 real investido, a Lei Rouanet gera R$ 1,59 na economia local, além de gerar empregos, aquecer a economia, gerar cultura e possibilitar acesso, ainda que mínimo, aos que não podem pagar por um ingresso.

O que se objetiva não é defender a forma como os recursos são destinados, muito menos argumentar que o mecanismo opera em perfeito funcionamento, pois de fato não é o quecorre, porém, chamar a sociedade para um olhar crítico e teórico de um todo, pois fato é que a Rouanet não é só benefícios e ainda tem inúmeros pontos a serem aperfeiçoados, entretanto, se culturalmente falando está ruim com ela, pior seria sem ela.

Trazendo para a discussão o segundo ponto formulado, é de suma concordância que, qualquer sociedade que atingiu o ápice do desenvolvimento tem em seu seio, pessoas culturalmente desenvolvidas. Um exemplo disso é a Europa, que apesar da crise vivenciada por alguns de seus países, é o berço de diversas formas de cultura hoje difundidas mundialmente, além, disso, podemos citar a rica cultura asiática, quem tem desenvolvido cada vez mais seus países, e não obstante, os Estados Unidos, que conta com uma rica história cultural, que contribuiu principalmente para o patriotismo fanático praticado por seus cidadãos.

ISSNe 2595-1602

Em suma, é inegável que existem problemas a serem solucionados quanto a destinação de recursos, onde o principal está relacionado à corrupção, porém, tais problemas não podem contaminar todas as áreas positivas do principal fomento à cultura no país, muito pelo contrário, deve incidir sobre eles um olhar crítico da sociedade, de estudiosos do ramo e de políticos, para em conjunto, formularem maneiras inteligentes e proativas de corrigir o mecanismo rumo à um desenvolvimento cultural cada vez melhor.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No artigo em questão buscamos evidenciar, contudo, não esgotar o tema discutido, uma vez que ainda há bastante a ser argumentado e desenvolvido juridicamente para a distribuição e fiscalização do processo de aprovação de incentivos fiscais para pessoas físicas e jurídicas.

O Estado procura, por meios justificáveis, encarregar-se de cumprir suas responsabilidades para com a sociedade através de recebimento de tributos, estes utilizados para a fomentação da cultura no Brasil. Com o objetivo de que o Estado não sustente todo o financeiro para proporcionar os direitos fundamentais para seus cidadãos, pois assim, ficaria sobrecarregado, a iniciativa privada financia a maior parte dos custos com a lei Rouanet.

Toda sociedade plenamente desenvolvida, ou que algum dia pretenda ser plenamente desenvolvida, deve ter suas bases fixadas em três pontos: arte, cultura e conhecimento. Essa é a tríade que construirá cidadãos competentes no ramo da educação, finanças e em quaisquer áreas necessárias para uma nação, e mais importante, uma sociedade com bases fortemente estabelecidas, tem um DNA de sucesso, sendo assim, é capaz de se desenvolver e reinventar quantas vezes forem necessárias para atender a necessidade de seus cidadãos.

A lei Rouanet vigora no Brasil há 30 anos, e por certo, é um tempo bastante expressivo para tão poucos avanços feitos em relação as falhas deixadas pela lei, porém, ainda assim, é o principal mecanismo de fomento à cultura do país, mas infelizmente, isto não é grande coisa. Idem outros setores sociais, na cultura o Brasil é um tanto quanto desigual, pois temos eventos culturais magníficos no Sudeste, enquanto nas demais regiões carecemos de apoio, porém, esses magníficos eventos, carecem de acessibilidade para a população com renda mais baixa. O que falta nesse setor, como em muitos outros, é equidade.

Em relação às mudanças, esbarramos no ponto relacionado à morosidade, que é um mal presente não só em nosso judiciário, mas em todos os setores que dependem da Administração Pública, e a Rouanet, ainda que seja fomentada na maior parte pela iniciativa privada, é totalmente dependente do Legislativo e do Executivo, ou seja, de políticas públicas. A sociedade tem papel fundamental nessa mudança.

ISSNe 2595-1602

Todo o avanço de uma nação rumo ao desenvolvimento, seja ele em qualquer setor, nasce da sociedade, por meio de indignação, luta, protestos, e principalmente, por meio de uma chama que queima no fundo da alma e leva o povo às ruas para reivindicarem seus direitos e cobrar dos que foram eleitos popularmente atos condizentes com a vontade dos que vos elegeram.

Portanto, encerramos aqui nossa dissertação sobre o tema, esperando ter contribuído para elucidar os leitores sobre esse mecanismo de total importância no Brasil, porém, que ainda conta com um desconhecimento muito grande por parte da população, que por vezes, se transforma em repúdia. Esperamos que o cenário futuro seja positivo com as novas mudanças implementadas pelo governo atual, e que o Brasil possa finalmente, difundir da melhor maneira a rica essência cultural que possui.

10. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988,** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei Rouanet. Lei número 8.313, de 23 de dezembro de 1991,** https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/106458/lei-rouanet-lei-8313-91#art-18, acesso em: 10 de maio de 2019.

LVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MEZZAROBA, O; MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Editora: Saraiva: 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica.**7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002,** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acesso em: 10 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Volume IV. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 4º Volume. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 9. ed. São Paulo: Método, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 7º Volume. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OS 15 MAIORES CAPTADORES DE RECURSOS DA LEI ROUANET EM 2015. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/os-15-maiores-captadores-de-recursos-da-lei-rouanet-em-2015/.

O QUE É? Disponível em: http://rouanet.cultura.gov.br/o-que-e/.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 24. ed. São Paulo: Cortez, 2018.

OS 12 PROJETOS MAIS BIZARROS APROVADOS PELA LEI ROUANET. Disponível em: https://spotniks.com/os-12-projetos-mais-bizarros-aprovados-pela-lei-rouanet/

ENTENDA OS BENEFÍCIOS DA LEI ROUANET PARA OS ARTISTAS. Disponível em: http://arteemcurso.com/blog/entenda-os-beneficios-da-lei-rouanet-para-os-artistas/.

ARTISTAS E PRODUTORES ANALISAM MUDANÇAS NA LEI ROUANET. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-04/artistas-e-produtores-analisam-mudancas-na-lei-rouanet.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O QUE HÁ DE ERRADO COM A LEI ROUANET. E O QUE HÁ DE CERTO. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/06/29/O-que-h%C3%A1-de-errado-com-a-Lei-Rouanet.-E-o-que-h%C3%A1-de-certo.

ISSNe 2595-1602

LEI ROUANET ALVO DE DESINFORMAÇÃO NUMA GUERRA ANTICULTURA. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2018/12/28/lei-rouanet-alvo-de-desinformacao-numa-guerra-anticultura/.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro, Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015,** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em: 10 de maio de 2019.

GOVERNO ANUNCIA NOVAS REGRAS PARA A LEI ROUANET. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-04/governo-anuncia-novas-regras-para-lei-rouanet.

ESPECIALISTAS AVALIAM LEI ROUANET PRÉ E PÓS MUDANÇAS. Disponível em: https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/04/29/especialistas-avaliam-lei-rouanet-pre-e-pos-mudancas.html

LEI ROUANET: ENTENDA COMO FUNCIONA A LEI DE INCENTIVO À CULTURA. Disponível em: http://www.ebc.com.br/cultura/2016/04/lei-rouanet-entenda-como-funciona-lei-de-incentivo-cultura.

ISSNe 2595-1602

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA VISÃO PRÁTICA SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Priscilla Mesquita Buzzetti Matsushita*

Resumo:

Dentre os inúmeros efeitos trazidos pelas transformações tecnológicas, abre-se espaço para o que conhecemos, hoje, como o direito ao esquecimento. Em suma, o direito ao esquecimento surge para proteger aqueles que tiveram suas vidas envolvidas em eventos cuja recordação não é desejada. A grande relevância do assunto é notória diante do fato de que a privacidade, por vezes, é exposta com a divulgação de informações pretéritas desabonadoras, tornando-se desarrazoado que dados pessoais permaneçam acessíveis a todos para além do tempo necessário. Entretanto, há de se ponderar o exercício do direito ao esquecimento com relação ao direito de informação. Assim, se faz necessário analisar cada caso com a devida cautela. Em princípio, costumam prevalecer os direitos à privacidade e à proteção de dados, sem que sejam, de modo que poderão ser sacrificados em caso de manifesta relevância, atualidade e/ou interesse público dos dados da pessoa em causa.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Direitos de Personalidade; Privacidade; Direito à informação; Direito ao Esquecimento.

ISSNe 2595-1602

* Advogada, pós-graduada, sócia do escritório Lemos e Buzzetti Advocacia, membro da Comissão de Direito Digital da ABA – Natal. e-mail: priscilla.buzzetti@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo traçar um panorama do direito ao esquecimento na internet, com a análise do ordenamento jurídico português e brasileiro.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo, tendo como objeto de pesquisa os desafios do direito ao esquecimento, que são muitos, devido notadamente ao aumento significativo de usuários da rede e da quantidade de informações armazenadas.

O método de pesquisa é o estudo de caso ou monográfico, com pesquisa em artigos científicos, legislação e julgados que versam sobre casos ligados ao direito ao esquecimento e seus conflitos com os direitos à liberdade de informação e à liberdade de expressão, ambos consagrados pela Constituição Federal.

O presente trabalho está dividido da seguinte forma: na primeira seção será abordada a evolução do direito com o advento da tecnologia; a segunda seção tratará do direito ao esquecimento e seus desafios, bem como os conflitos com os princípios consagrados pela Constituição e a legislação (in)existente; na terceira seção será realizado um comparado entre as legislações portuguesa e brasileira; finalmente, na quarta seção, terão espaço alguns casos práticos.

O estudo possui grande relevância devido à evolução tecnológica presenciada em tempos atuais, bem como à necessidade de proteção da privacidade do indivíduo que é exposto com a divulgação de fatos pretéritos inconvenientes, os quais em um contexto não muito distante eram esquecidos com o passar do tempo.

ISSNe 2595-1602

I - A EVOLUÇÃO DO DIREITO FACE À TECNOLOGIA

Mudaram os carros, os telefones, computadores, os meios de comunicação. O mundo mudou. A tecnologia e o seu avanço trouxeram uma infinidade de novas opções para o nosso cotidiano, nos fazendo pensar, também, em novidades no campo do direito.

A discussão do tema é absolutamente oportuna: quem nunca “se pesquisou no Google”? Dentre os resultados dessa pesquisa, poderia ser encontrado um fato ocorrido no passado, que continuaria a ser exposto mesmo sendo eventualmente ofensivo à dignidade da pessoa envolvida. Seria o caso de manter essa informação indefinidamente disponível?

Urge asseverar que o direito ao esquecimento possui como fundamento impedir a divulgação ilimitada e atemporal de informações de uma pessoa, especialmente se forem dados negativos e antigos.

O conflito entre liberdade de expressão e o direito de personalidade (proteção da dignidade da pessoa humana, direito de privacidade, da honra, da imagem, entre outros consagrados na Carta Magna), bem como o embate "interesse público x interesse particular", são apenas alguns tópicos a serem enfrentados no estudo do tema.

O crescente desenvolvimento tecnológico, aliado à facilidade de armazenamento e recuperação de dados, bem como o surgimento da sociedade da hiperinformação[1], faz com que surjam desafios constantes de questões que, até então, não existiam.

Do mesmo modo, como o direito muda de acordo com a evolução da sociedade, novos casos e suas respectivas soluções surgem a cada dia, de forma que uma das consequências da evolução tecnológica é a necessidade de equilibrar princípios de grande relevância para a sociedade.

O direito proporcionou instrumentos aptos a estabilizar o passado e a admitir a pacificação social e segurança jurídica por meio de institutos historicamente reconhecidos, tais como: o direito adquirido, a prescrição, o ato jurídico perfeito, a decadência, a anistia, entre outras estruturas que têm como basilares a necessidade de segurança e estabilidade para as relações jurídicas.

E no meio digital? Existe segurança jurídica?

Para BEZERRA JUNIOR:

> "... o acesso imediato e permanente a qualquer tipo de informação, difundida e armazenada de forma difusa possibilita conexões instantâneas entre os diversos veículos de comunicação de massa, todos a municiar uma memória virtual ou a esmaecer pelo simples e natural passar do tempo, erigindo verdadeiro obstáculo à decantação do passado, em uma inversão do processo natural e gradual de superação dos fatos pretéritos e de permanente desenvolvimento da personalidade, conduzindo a um quadro de aparato tecnológico capaz de tornar, atualmente, bem mais fácil e barato lembrar do que esquecer"".[2]

Dessa forma, a necessidade de segurança jurídica no meio digital estaria relacionada ao fato de que acontecimentos e informações pessoais perpetuam, por tempo indeterminado, em uma chamada "eternidade informacional".[3]

Diante disso, importante destacar o surgimento de novas tutelas, pois o direito deve refletir a realidade da sociedade, seguindo as transformações que vêm ocorrendo, como na era agrícola e era industrial, quando os instrumentos de poder eram respectivamente a terra e o capital.

Na Era Digital, o instrumento de poder é a informação, que se destaca no contexto das mudanças e avanços afetando as relações sociais. Assim, cabe ao direito manifestar-se regulando e tutelando os aspectos pertinentes ligados à informação.

ISSNe 2595-1602

Por exemplo, como uma dessas inovações jurídicas, pode-se destacar o surgimento do direito à extimidade, compreendido como *"o direito de cada um revelar, em maior ou menor medida, partes selecionadas da própria intimidade, perante terceiros ou em ambientes de sociabilidade, a fim de enriquecer-se em intimidade e identidade".*[4]

Nota-se que a extimidade (exposição da intimidade) pode-se concretizar em qualquer ambiente de sociabilidade, entretanto, possui lugar privilegiado entre as redes sociais, quando a pessoa faz um *post*, por exemplo, de seu "jantar de aniversário de namoro", da "compra do seu primeiro carro", dos "primeiros passos do seu bebê", etc.

Deve-se observar que todo esse conteúdo postado se torna público e de acesso previamente legítimo por terceiros. Embora possam advir riscos de uma exposição considerada exacerbada por muitos, isso passa a ser tutelado como um direito do indivíduo, garantindo seu poder de expor sua intimidade como queira, dentro dos limites da legalidade.

Assim, nota-se que o direito já se preocupa com a proteção à vida privada em seus mais diversos sentidos. Nas palavras de PATRÍCIA PECK:

> "o Direito Digital consiste na evolução do próprio direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, mas também introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional). [5]

ISSNe 2595-1602

Vale ressaltar que o direito passou a enfrentar novos desafios, principalmente no tocante a harmonizar as garantias ao direito de privacidade, liberdade de expressão, segurança, proteção de honra e reputação, bem como o adimplemento de obrigações contratuais firmadas online, em razão da intensificação das relações através dos meios eletrônicos.

Sob o mesmo prisma, BOBBIO defendeu essa tese quando ensinou, em 2004 – ou seja, quinze anos atrás – que não existem direitos fundamentais por natureza, uma vez que constituem uma classe variável de direitos que sofre inúmeras alterações ao longo do tempo.

> O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (...) Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar.[6]

Pode-se afirmar que, se a coletividade enfrenta mudanças, o direito precisa inovar-se e procurar novas respostas para as necessidades e pretensões da sociedade que rege.

Uma das inovações dessa nova realidade, também conhecida como realidade da informação, é o surgimento do Direito Digital ou Eletrônico, como mencionado anteriormente nas palavras de PATRÍCIA PECK.

2 – DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em linhas gerais, a discussão acerca do direito ao esquecimento surge em razão de a informação se tornar quase eterna na internet, pois pode ser acessada a qualquer tempo, de forma muito rápida e a partir de qualquer parte do mundo. Ainda no cenário atual, está cada vez mais barato e fácil armazenar informações, o que incentiva a manutenção de dados do passado na rede.

Ademais, cabe frisar também que há um tempo, quando as informações eram publicadas nas páginas de revistas e manchetes de jornais, eram veiculadas até determinado momento e depois seguiam para o lixo. Hoje, o que foi publicado na rede, na rede permanece, sem nenhuma data de "validade", continuando à disposição para quem queira acessá-la.

A partir disso, as demandas em busca de um maior respeito aos aspectos ligados à vida privada e, entre estes, o desejo de ser, em algum momento, deixado em paz, começaram a se manifestar com maior força, fazendo com que surgisse o direito ao esquecimento.

Dessa forma, o direito ao esquecimento tem como desígnio não obrigar ninguém a uma lembrança permanente do seu passado, principalmente no contexto dos avanços tecnológicos e no processamento e armazenamento de dados. Esse direito advém da necessidade da proteção à vida privada e à intimidade, incorporada a diversos institutos que buscam estabilizar o passado e conferir estabilidade ao futuro.[7]

Popularmente se propaga, "o que caiu na internet é do mundo" ou, ainda, que a internet é "terra sem lei". Entretanto, essa falsa cultura vem mudando à medida que temos avanço nas legislações, bem como respaldo na jurisprudência, inclusive com condenações não só quanto ao apagamento de informações, mas também em indenização por danos morais ao titular do direito ao esquecimento.

Em contraposição à falsa ideia de que a internet é uma terra sem lei, no Brasil, adveio a Lei nº. 12.965/2014[8], também conhecida como Marco Civil da Internet, inovando a legislação nacional e sendo referência para outros países da América Latina e Europa por apresentar dispositivos que garantem princípios básicos para o bom uso da Internet, como será tratado posteriormente (capítulo 3).

Já em Portugal, a proteção de dados pessoais é um direito fundamental garantido pela Constituição de 1976, que também foi regulado em 1991, com a Lei nº 10. [9]

É importante destacar que para a retirada de qualquer informação do mundo virtual há uma empreitada que costuma ser dura para o suposto titular do direito violado, pois o direito ao esquecimento é considerado uma medida excepcional.

ISSNe 2595-1602

Para se retirar a informação de servidores que estão espalhados por todo o mundo, passando por diversos entendimentos acerca da política de privacidade de dados, devem ser observados, de forma rigorosa, um conjunto de critérios.

Entre os critérios a serem observados, tem-se a determinação do interesse público acerca dos conteúdos, sendo altamente complexo, porquanto necessário analisar se a informação está relacionada com a vida profissional, um crime anterior, ocupação de um cargo público ou ainda se o requerente ocupa uma posição na vida pública, por exemplo.

Um outro fator que dificulta o exercício do direito ao esquecimento seria o interesse econômico dos motores de busca, já que é por meio dos dados que recolhem de seus utilizadores, como o das pesquisas, que conseguem direcionar publicidades, sendo essa a principal forma de obterem receitas.

Ademais, cabe ressaltar que a tutela oriunda do direito ao esquecimento não é absoluta, uma vez que a informação pode continuar na Internet, nos sites originais, caso a demanda seja proposta somente em face do motor de busca e não dos sites que originalmente publicaram os fatos em questão – frise-se que é um dos desafios desse direito: abranger todos os endereços online de publicação daquele fato considerado desabonador.

2.1 Modo de exercício ao Direito ao esquecimento

ISSNe 2595-1602

Quando o direito ao esquecimento é levantado, pressupõe-se que houve uma violação ao direito à intimidade em razão de uma informação do passado disponível a terceiros e por alguma razão não deveria se fazer presente.

O modo de exercício que tradicionalmente marca esse direito é aquele pelo qual o seu titular pretende impedir que fatos de seu passado sejam divulgados no presente, tendo em vista serem prejudiciais ao livre desenvolvimento de sua personalidade e terem a potencialidade de produzir-lhe danos.

Normalmente, quando se trata de conteúdo disponibilizado pelo próprio usuário, seja por arrependimento ou por mudança em sua vontade, o caminho para apagar as informações é menos complexo, haja vista que o próprio responsável pelas publicações tem o direito de requerer o seu apagamento.

Entretanto, quando o conteúdo for publicado por terceiros e não houver o "apagamento" das informações pelo provedor quando solicitado, é necessário o apoio judicial, através de demanda judicial. Quando invocado o direito ao esquecimento, defende FLÁVIO TARTUCE[10] que deve ser pleiteada uma tutela jurisdicional inibitória, a fim de evitar lesão a esse direito, sem prejuízo de reparação de danos à vítima.

2.2 Da relação entre o Direito ao Esquecimento e os Direitos de Personalidade

Pode-se afirmar, "*os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade* (art. 1º, III, da CF/88)",[11] ressaltando que são considerados direitos fundamentais, carecedores de proteção.

Como observa ORLANDO GOMES, os direitos de personalidade são "*considerados essenciais à pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade".* [12] Na mesma linha, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery defendem que a terminologia correta no Código Civil seria "direitos da humanidade", e não direitos de personalidade, já que o objeto desses direitos se refere à humanidade, não ao indivíduo isolado.[13]

No âmbito jurídico brasileiro, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve fundamentar todos os atos da vida civil, norteando as ações dos indivíduos dentro da coletividade. Nas palavras de MARQUEZAN: *"todos os demais direitos devem buscar concordância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, é o direito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade, que caminham junto com o direito do esquecimento".*[14]

Com relação à intimidade, o direito à privacidade visa preservar alguns elementos da vida interior de um indivíduo ou eventos particulares, de modo que esses elementos não sejam propagados, sem sua autorização, aos demais membros da sociedade.

Já o direito da identidade diz respeito a como o indivíduo deseja se apresentar publicamente na sociedade, ou seja, garantindo que seja reconhecido e aceito pelos demais de acordo com a sua individualidade**.** Para SARLET e FERREIRA NETO, o direito da identidade abarca a pretensão de moldar e reconstruir a própria imagem social, tendo em vista as mudanças que são impostas na composição do indivíduo em razão do transcurso do tempo, o que permite venha a se falar em ser um "direito de ser diferente de si mesmo em relação ao passado". [15]

Com base num condensado desses direitos, o direito ao esquecimento tem como fundamento a preservação da identidade do presente, relativamente aos fatos que ocorreram no passado.

O direito à honra, também, é associado ao direito ao esquecimento à medida que fatos pretéritos não se confundem com a vida privada da pessoa.

Salta-se à vista que o direito ao esquecimento pertence ao grupo dos direitos de personalidade, muito embora não seja expressamente regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em contrapartida, inconteste é que a Constituição Federal brasileira preconiza o direito à livre manifestação de pensamento, independente de censura ou licença. Desse modo, ao tratar do direito ao esquecimento, surge um choque entre os direitos fundamentais no que diz respeito à liberdade de manifestação de pensamento e o direito à honra e dignidade da pessoa humana, devendo-se analisar cada caso com cautela.

2.3 Dos conflitos entre o Direito ao Esquecimento e a Liberdade de Expressão

ISSNe 2595-1602

O direito à informação (que abrange tanto o ato de informar, como o de ser informado) é assegurado na Carta Magna, assim como os direitos de personalidade. Ademais, é vedada a censura, reforçando o direito à liberdade de informação e manifestação de pensamento.

Quando um meio de comunicação enfrenta alguma restrição em seu direito de liberdade de informação, o que pode ser empregado na resolução do conflito é o princípio da ponderação entre este direito e o direito da personalidade. Como observa BRUM: *"Diferentemente do direito à privacidade, que advém dos direitos da personalidade, o direito à informação ou à liberdade de expressão, vem do direito à liberdade".*[16]

No tocante à liberdade de informação ou de expressão, inexiste um caráter absoluto, devendo primar pelos *"limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios"*[17].

FLÁVIO TAERTUCE[18] entende que a ponderação tem se mostrado como técnica eficiente para solução de numerosos litígios no Brasil relativos ao direito privado, devendo a técnica ser utilizada sempre que houver colisão entre dois institutos.

Nesse prisma, os princípios e os direitos fundamentais devem ser considerados no caso concreto pelo aplicador do direito, para se buscar a melhor solução, capaz de garantir a pacificação social e a segurança jurídica.

Analisando julgados recentes acerca do tema, tem-se que o Brasil reconheceu o direito ao esquecimento pela primeira vez, em 2013, no caso da chacina da Candelária (que será tratado mais adiante). Entretanto, com relação ao ambiente virtual, a maioria das decisões brasileiras tem se mostrado favorável à liberdade de expressão em detrimento do direito ao esquecimento.

3 – FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO DIREITO: COMPARATIVO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

3.1 Legislação brasileira

Antes de adentrarmos na existência ou não de legislação específica acerca do tema, é importante dizer que o direito ao esquecimento guarda relação com outros ramos.

No direito penal, pode-se apontar os artigos 135º do Código Penal[19], 748º do Código de Processo Penal[20] e 202º da Lei de Execuções Penais[21]. Todos os dispositivos tratam da não incidência de penas perpétuas, ou ainda, da não manutenção de informações relativas à condenação, nem mesmo em certidões, salvo se para instrução de processo penal contra o interessado. Faz-se importante trazer esses dispositivos ao estudo, pois a jurisprudência os aponta, somando-se a outros fundamentos, para reforçar a proteção do condenado em sede criminal, por conta de um "direito ao esquecimento".

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor[22], há a previsão no Art. 43º, §1º de que as informações dos consumidores inadimplentes (constantes em

ISSNe 2595-1602

cadastros negativos) não poderão exceder o prazo de 05 anos, assegurado ao consumidor o direito de exigir o cancelamento (exclusão das informações). Também no mesmo diploma legal, o Art. 43º, §5º preconiza, "*consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso de crédito junto aos fornecedores*"[23].

No mais, podendo ser o direito ao esquecimento considerado um direito fundamental, foi preceituado pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *"a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento"*[24].

No Código Civil, o Art. 21º dispõe, *"a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providencias necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."* [25]

Por sua vez, a Lei nº 12,965, de 23 de abril de 2014, mais conhecida como "Marco Civil da Internet/MCI", é de grande importância para o tema, pois estabelece um conjunto de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no país.

Muito embora não haja previsão expressa do direito ao esquecimento, a referida lei contém diretrizes e regras importantes para o tema, que podem ser reconstruídas para o reconhecimento da necessidade de acolhimento de uma pretensão jurídica nesse sentido.

O artigo 3º estabelece, dentre outras coisas:

> A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
>
> II - proteção da privacidade;
>
> III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [26]
>
> (...)

Já o artigo 7º do mesmo diploma reproduz dispositivos constitucionais, estabelecendo uma espécie de catálogo de direitos e garantias dos usuários na Internet, que envolvem a proteção de dados pessoais, da privacidade e a autodeterminação informativa. Os artigos 18º a 21º, por sua vez, tratam das regras de responsabilidade dos provedores por falhas na coleta, armazenagem, guarda e divulgação dos dados mantidos em seus registros. [27] [28]

Diante disso, a interpretação dos dispositivos legais permite afirmar que há o reconhecimento de um direito ao esquecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, de modo implícito e indireto, principalmente por prever a possibilidade de ordem judicial que obrigue o provedor da rede de "*tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente" (art. 19, Marco Civil da Internet).*

ISSNe 2595-1602

Importa ressaltar que nem toda determinação de apagamento de informações tem relação com o direito ao esquecimento, à medida em que esse direito pressupõe outros requisitos como o transcurso do tempo, por exemplo.

Além de todo o exposto, desde 2015, há no Brasil uma preocupação do legislador em se dedicar ao estudo e à elaboração de projetos de leis que versem sobre a matéria, os quais, entretanto, ainda aguardam para serem incluídos em pauta. Inicialmente, o Projeto de Lei nº 215/2015 foi apensado pelos Projetos 1.547, 1.589 e 4.148, todos do mesmo ano.

Como objeto do primeiro projeto, pode-se apontar a introdução de novos mecanismos de controle dos conteúdos pessoais disponibilizados na rede, bem como criar hipóteses de punição mais rigorosas para crimes e ofensas através da violação da honra e direito de imagem dos indivíduos.

De outro lado, o segundo projeto pretendia prever aumento de pena aos crimes contra a honra cometidos na internet e determinar à autoridade policial que promovesse o acesso ao sítio indicado e impressão do material ofensivo, lavrando o competente termo.

Em terceiro lugar, o Projeto de Lei nº 1589/15 possuía maior amplitude, dispondo sobre a nova tipificação de crimes contra a honra praticados na internet e estabelecendo novos procedimentos e requisitos para que os provedores de internet disponibilizem conteúdo pessoal proveniente de seus registros a terceiros. Com o referido projeto, também buscou-se positivar no ordenamento jurídico brasileiro regras específicas para a instrumentalização do direito ao esquecimento.

Mais recentemente, o Marco Civil da Internet sofreu alterações através da Lei nº 13.709, de 14/08/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD[29], pelo Senado, que entrará em vigor em 2020. A LGPD tem como objetivo assegurar a devida proteção nos meios digitais relacionados aos dados e informações dos seus usuários, disciplinando que todas as empresas e organizações que possuem dados de clientes na internet só poderão coletar tais dados com o prévio consentimento declarado de forma clara pelo usuário, tendo este ciência de quais dados serão disponibilizados, para qual finalidade e se haverá compartilhamento com terceiros.

No Brasil, a partir de manifestações parciais, constitucionais e legais, de um direito ao esquecimento, os Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já invocaram e concretizaram tal direito. Entretanto, não há ainda uma consolidação em torno do tema, como será tratado adiante quando abordado o plano jurisprudencial.

3.2 Legislação portuguesa

Antes de ingressar propriamente no ordenamento jurídico português, importante ressaltar que a União Europeia sentiu a necessidade de aplicação e interpretação uniformes do Direito Comunitário, criando, assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia, para que fosse uniformizada a aplicação do direito dentro do bloco.

ISSNe 2595-1602

Dessa forma, as leis portuguesas existentes relacionadas à proteção de dados pessoais foram emitidas para transpor as diretrizes anteriores da União Europeia para o sistema jurídico interno do país. Acerca do tema:

> "O progresso ecológico e a globalização mudaram profundamente a maneira como nossos dados são coletados, acessados e utilizados. Além disso, os 27 Estados-Membros da EU aplicaram as regras de 1995 de forma diferente, resultando em divergências de execução. Uma lei única eliminará a fragmentação atual e os encargos administrativos dispendiosos..." [30]

No ordenamento jurídico português há dezenas de atos normativos que tratam de atividades desenvolvidas no âmbito da internet, porém, juntos, a Lei n° 67/98[31] (que transpôs para o ordenamento interno a diretiva nº 95/46/CE – publicada pela União Europeia, em 1995), o decreto-lei nº 7/2004[32] (que transpôs a diretiva nº 2000/31/CE), somados às previsões constitucionais (Arts. 26, nº 1, 2 e 3, 35º, 37º e 38º da CRP), destacam-se como principais atos normativos sobre proteção e circulação de dados pessoais.

Importa destacar que a Lei nº 67/98 mantém as definições gerais sobre dados pessoais, tratamento de dados, condições de legitimidade, direitos de informação, acesso, retificação, apagamento, bloqueio, bem como cria a Comissão Nacional de Proteção de Dados.

Já o decreto-lei nº 7/2004 trata da prestação de serviços na sociedade de informação, regulamentando inclusive os prestadores intermediários, que oferecem serviços técnicos para que a informação seja transmitida, acessada e armazenada.

O referido decreto, também, dispõe acerca da responsabilidade dos prestadores, sendo isentos do dever legal de vigilância sobre as informações que transmitem na medida em que cumprem com seus deveres (previstos na lei). Desse modo, são os fornecedores de conteúdo os responsáveis diretos pelas informações divulgadas.

A colisão entre liberdade de informação e os direitos de personalidade foi objeto de um importante documento, o Livro Verde, publicado para a Sociedade da Informação, em Portugal, pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia Português, em 1997, também com o objetivo de orientar acerca dos novos desafios diante da era da tecnologia. Nota-se a preocupação em legislar acerca da proteção dos cidadãos nesse novo contexto, conforme trecho extraído das respectiva publicação:

> A legislação tem de assegurar suficiente protecção ao cidadão e às empresas, sem, contudo, impedir o aproveitamento da tecnologia para o desenvolvimento das aplicações de interesse comum que acabam por gerar bem-estar social e aumentar a eficiência da administração e a sua transparência perante o cidadão. Trata-se de um equilíbrio delicado que requer muito bom senso em termos legislativos, conciliando, eficazmente, os sistemas jurídicos em presença.[33]

ISSNe 2595-1602

A Constituição portuguesa[34], por sua vez, determina que a lei deve garantir que as informações relativas a indivíduos e famílias não sejam utilizadas de forma abusiva ou contrária à dignidade da pessoa humana (art. 35).

A proteção do bom nome, também, tem respaldo no rol dos direitos fundamentais na Constituição portuguesa, no artigo 26º, n. 1[35], sendo um direito imediatamente aplicável e oponível a todos. Esse direito, também, é tutelado no Código Civil de Portugal[36], dentre os direitos de personalidade (Art. 70º).

Adentro da tutela da personalidade, o Art. 80º do Código Civil protege, como direito especial, o bem da reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida privada de cada indivíduo. [37] Para compreender melhor o direito de reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direito fundamental de personalidade, é importante destacar suas características: inato, inalienável, irrenunciável e absoluto, no sentido de que se impõe, por definição, ao respeito de todas as pessoas. (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – N. RP2019041124733/17.3T8PRT.P1, de 11/04/2019).[38]

4- CASOS PRÁTICOS

4.1 Melvin *versus* Reid

Um dos primeiros casos a tratar da questão do Direito ao Esquecimento foi o caso apreciado pela Corte de Apelações da Califórnia, em 1931, conhecido como Melvin *versus* Reid.

Trata-se do caso de uma ex-prostituta que havia se casado e, desde então, levava uma vida discreta, possuindo, inclusive, imenso prestígio social. Ela fora, todavia, surpreendida com o lançamento de um filme que reproduzia sua vida pregressa em detalhes, incluindo um julgamento em que ela era acusada de homicídio. O filme mantinha os nomes reais dos personagens e chegou de ser exibido em diversos estados norte-americanos, sendo a protagonista identificada por muitas pessoas de seu convívio, que passaram a destratá-la.

A ação foi movida sob o fundamento de violação aos direitos de propriedade e intimidade, sendo, ao final, procedente sob o argumento de que haveria "um direito de buscar e achar a felicidade".[39] Isso pode ser entendido como um princípios do reconhecimento do direito ao esquecimento, todavia, sem ainda nominá-lo.

4.2 Maria das Graças Meneguel x Google

No Brasil, um dos casos mais populares diz respeito à ação promovida, em 2010, pela atriz e apresentadora brasileira Maria da Graça Meneguel (conhecida popularmente como Xuxa) em face de Google Brasil Internet Ltda.

ISSNe 2595-1602

A demanda em questão pretendia que não fossem exibidos resultados em que seu nome estivesse atrelado a determinados termos, dentre eles "pedófila" e "pedofilia". Tal pedido seria em razão de a atriz ter participado do filme *Amor, estranho amor*[40], lançado em 1986, no qual supostamente mantinha relações sexuais com um ator mirim, que na ocasião do filme tinha 12 anos de idade.

Na época da propositura da ação, ao inserir no campo busca do site de pesquisa os termos "Xuxa" e "pedófila", o site retornava com 50.100 textos e vídeos e mais de 21.100 fotos, algumas em que a atriz aparecia nua ou em cenas de sexo. [41]

O pedido de tutela antecipada da apresentadora foi deferido pelo juiz de primeiro grau, determinando que não fosse mais disponibilizado aos usuários do site de buscas Google qualquer resultado ou link na hipótese de emprego de critérios específicos relacionados ao filme *Amor, estranho amor*.

Entretanto, após agravo de instrumento interposto pelo Google, a liminar foi restringida para abranger somente as imagens expressamente referidas pela apresentadora.

Finalmente, no Recurso Especial apresentado pelo Google, foi dado provimento ao argumento de que o site atuou apenas como facilitador por meio da ferramenta de buscas, ou seja, o provedor de pesquisa não hospeda, organiza ou gerencia páginas virtuais, mas apenas indica *links* onde podem ser encontrados os termos buscados pelo usuário. [42]

Importante destacar que, segundo o Acórdão proferido, qualquer decisão que determinasse a exclusão das informações nas ferramentas de buscas violaria o direito à informação.

Destaca-se que, no caso específico da apresentadora, não houve menção ao Direito ao Esquecimento, não obstando, entretanto, o seu reconhecimento futuramente na jurisdição brasileira.

ISSNe 2595-1602

4.3 Caso da Chacina da Candelária

Um dos primeiros casos em que o Direito ao Esquecimento foi reconhecido foi na ocasião conhecida como "*Chacina da Candelária"* (Resp 1334.097/RJ)[43], em que o autor pleiteava em face da TV Globo indenização por danos materiais, além de evitar a apresentação de um programa policial, chamado *Linha Direta*, alegando-se que com tal veiculação em cadeia nacional seria rescendida a desconfiança da sociedade acerca de sua índole, além da reabertura de feridas antigas.

Nesse caso, a decisão foi por uma indenização por danos morais decorrentes da veiculação do programa no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo em vista que a divulgação do nome e imagem do autor, ainda que absolvido, seria o mesmo que permitir uma segunda violação à sua dignidade, segundo o Ministro Luis Felipe Salomão.

O Ministro argumentou acerca da vida útil da informação criminal e invocou o "direito da esperança", para justificar, de forma expressa, o reconhecimento pela Corte Superior Brasileira do Direito ao Esquecimento.

4.4 Caso Aída Curi

Trata-se do caso conhecido como "*Aida Curi"* (Resp. 1.335.153/RJ), em que os irmãos sobreviventes de Aida Jacob Curi, vítima de assassinato em 1958, ingressaram com ação ordinária contra a TV Globo Ltda.

A ação se deu em virtude de a Globo ter apresentado décadas depois um programa policial reconstituindo o assassinato da jovem Aida Curi, o qual havia ganho grande notoriedade à época dos fatos.

Já nesse caso, diferentemente do cenário anterior, o Ministro Salomão decidiu com prevalência à liberdade de informação e comunicação, sob o argumento de que o crime entrou para o "domínio público", tornando-se um fato de natureza histórica, não podendo se transformar em algo fechado para a sociedade e para a imprensa.

4.5 Mario Costeja Gonzalez x Google Spain

Este é comumente considerado o principal caso de reconhecimento ao direito do esquecimento julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Trata-se de um advogado espanhol que teve seu apartamento levado à hasta pública para pagamentos de débitos fiscais junto à seguridade espanhola, segundo notícia do Jornal La Vanguardia, em 1988. Entretanto, a dívida havia sido paga, sem necessidade da venda judicial do imóvel.

Mario Costeja Gonzalez, por ser uma pessoa pública, alegou que a veiculação desse anúncio de leilão público, que supostamente havia ocorrido na década de 80, causava-lhe danos de ordem moral, principalmente quanto à sua honra e imagem. Dessa forma, Gonzalez requereu administrativamente junto ao Google que retirasse os referidos dados dos motores de busca, o que lhe foi negado.

Diante da negativa do Google Espanha[44], Gonzalez solicitou junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados – AEPD – que todas as informações relativas ao processo de execução sofrido no passado fossem eliminadas das páginas da Internet, em razão do grande lapso temporal e da ausência de interesse público atual na notícia.

Em 2010, a AEPD julgou de forma favorável a Gonzalez, determinando que o Google Espanha removesse quaisquer informações desabonadoras a seu respeito, sob o fundamento de que a divulgação do fato implicava em violação à dignidade da pessoa humana.

Contrariado com a decisão administrativa, o Google Espanha[45] [46]recorreu junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que em 2014 reconheceu ao reclamante o direito ao esquecimento. Acerca da decisão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, RODRIGUES comenta:

> O histórico acórdão do Tribunal de Justiça Europeia concluiu que a atividade dos motores de busca enquadra-se no conceito de "tratamento de dados", tal como previsto na Diretiva 95/46, de 24 de

ISSNe 2595-1602

> outubro de 1995, e que, o Google, nessa qualidade, é responsável por assegurar que suas ações não subtraiam as pessoas de um nível mínimo de proteção à vida privada. [47]

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia definiu que o direito de oposição à manutenção das publicações será exercitável quando os dados foram inexatos, inadequados, impertinentes ou excessivos, sendo importante para essa qualificação considerar os seguintes fatores: atualização do tratamento de dados ou conservação dos dados por tempo superior ao necessário, a não ser que a conservação se imponha para finalidades históricas, estatísticas ou científicas.

Importa ressaltar que o elemento temporal foi destaque na fundamentação do Acórdão, pois se anotou que no presente caso houve inadequação superveniente, pois os dados sobre a hasta pública deixaram de ser adequados com o passar do tempo.

O Tribunal afirmou, em conclusão, que havendo colisão entre o interesse econômico da empresa que opera o motor de busca e o direito fundamental da pessoa que pretende apagar os dados, este deve prevalecer.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

ISSNe 2595-1602

Assim como a sociedade tem sofrido fortes alterações em virtude das transformações tecnológicas, o direito também vem se transformando por meio de novas tutelas, a fim de acompanhar as necessidades atuais. Contudo, mesmo com tantas mudanças, ainda há muito para se caminhar.

Dentre essas novas tutelas, encontra-se o direito ao esquecimento. Basicamente, o surgimento desse direito tem como objetivo impedir a divulgação irrestrita e atemporal de fatos que pertençam à esfera privada do indivíduo, possuindo uma estreita relação com os direitos fundamentais da personalidade.

Embora o direito à informação seja de grande relevância, sendo reconhecido na Constituição Federal como um direito fundamental, há que se ponderar quando de sua análise em relação a outros direitos, tendo em vista que não possui caráter absoluto.

Cabe frisar que não é objetivo do direito ao esquecimento apagar a história ou realizar censura, mas, sim, impedir ou reparar a violação a direitos da personalidade do indivíduo, dando-lhe uma nova chance para viver sem que fatos que ocorreram no passado continuem a refletir em seu presente e futuro.

Importante mencionar, também, que a tutela por meio do direito ao esquecimento trata de promover uma segurança jurídica no meio digital, protegendo a vida privada para que informações de cunho pessoal não se perpetuem indefinida e injustificadamente na rede, causando danos àquele cujo teor da publicação se refere. Portanto, para que se exerça o direito ao esquecimento é necessário que o fato a ser

apagado tenha tido lugar no passado, além de não ser de grande utilidade ou interesse público na atualidade.

Resta evidente que a aplicação concreta do direito ao esquecimento é uma tarefa árdua, pois essa nova tutela é exceção, devendo ser analisada caso a caso, com cautela e ponderação entre os direitos fundamentais, cabendo ao judiciário o exame apenas quando o provedor não realiza o apagamento das informações ao ser contatado pelo titular do direito.

Com relação à legislação, no Brasil, o direito ao esquecimento além de possuir dispositivos esparsos em vários ramos do direito, foi expressamente preceituado pelo enunciado 531 da VI jornada do Direito Civil, e vem sendo objeto de inúmeros projetos de lei.

Em Portugal, o direito ao esquecimento tem amparo na legislação que garante que as informações pessoais não sejam utilizadas de forma abusiva, ou, ainda, que não sejam contrárias à dignidade da pessoa humana.

Com relação aos países em questão, o estudo demonstrou, portanto, que ambos baseiam suas decisões nos preceitos fundamentais, não obstante ainda careçam de regulamentação mais específica no assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ISSNe 2595-1602

ADORA CINEMA. [Consult. 01 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-177516/>>.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. *Direito ao Esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade.* - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 70.

BOLESINA, Iuri. <<Direito à extimidade>>*. Raizes Juridicas*: vol. 9, n. 2, jul/dez.2018: Curitiba. [Consult. 10 abr 2019]. Disponível em: <<http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/766>>.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Civil.* Portal da Legislação, Brasília, 2002. [Consult. 20 abr 2019]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>>.

_____, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Penal.* Portal da Legislação, Brasília, 1940. [Consult. 18 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>>.

_____, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código de Processo Penal***.** Portal da Legislação, Brasília, 1941. [Consult. 18 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>>.

_____, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 7.210, de 11 de JULHO de 1984,* Institui a Lei de Execuções Penais. Portal da Legislação, Brasília, 1984. [Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>>.

_____,Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código de Defesa do Consumidor.* Portal da Legislação, Brasília, 1990. [Consult. 22 maio 2019]. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>>.

_____, CJF. *Enunciado 531.* [Consult. 17 maio 2019] Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>.

_____, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.* Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Portal da Legislação, Brasília, 2018. [Consult. 23 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>>.

BRUM, Caroline Bussoloto de. *Análise constitucional do direito ao esquecimento.* Boletim IBCCRIM- Publicação do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais. Ano 24 – n. 88 – novembro/2016. [Consult. 10 abr 2019]. Disponível em: << https://www.academia.edu/29663249/An%C3%A1lise_Constitucional_do_Direito_ao_Esquecimento>>.

COMISSÃO EUROPEIA. Press release, Europa. *Comissao propõe uma reforma abrangente das regras de proteção de dados para aumentar o controlo dos utilizadores sobre os dados e reduzir os custos para as empresas***.** [Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_pt.htm>>.

DRE. <<Diário da República Eletrônico>>. [Consult. 19 abr 2019]. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/599769/details/maximized>>.

GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ISSNe 2595-1602

GOOGLE DISCOVERY. Maior blog sobre Google, Android, Chrome e IOS. [Consult. 01 maio 2019]. Disponível em: <<https://googlediscovery.com/2010/10/09/xuxa-vence-na-justica-e-obriga-google-a-censurar-resultados/>>.

KHOURI, Paulo R. *O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil.* Revista de Direito do Consumidor, v. 89, p. 463, set. 2010.

MARQUEZAN, Bibiana Lara Simões. *O direito ao esquecimento na internet e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro.* 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. 8 a 10 de novembro de 2017, Santa Maria, RS. [Consult. 05 abr 2019]. Disponível em: << http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_direito_ao_esquecimento_na_internet_e_suas.pdf>>.

MAYER-SCHONBERGER, 2009, *in* FERREIRA NETO, Arthur. *Direito ao Esquecimento e sua fundamentação prioritária no livre desenvolvimento da identidade pessoal.* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. [Consult 10 abr 2019]. Disponível em << http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1569>>.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa M. de A. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PGDL. *Procuradoria Geral Distrital de Lisboa.* [Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1399&tabela=leis&so_miolo=>>.

PECK, Patricia. *Direito Digital.* – 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PENA, Alejandro Tourino. *El derecho al olvixdo em Interne*, in FERREIRA NETO, Arthur e SARLET, Ingo Wolfgang. O direito ao “esquecimento” na sociedade da informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

PORTUGAL, CNPD. Comissao Nacional de Protecção de Dados. *Lei 67/98.* Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. [Consult. 18 maio 2019]. Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>>.

ISSNe 2595-1602

_____, PGDL. *Procuradoria Geral Distrital de Lisboa*. [Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1399&tabela=leis>>.

_____, *LIVRO VERDE PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM PORTUGAL.* [Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>>.

_____, *Constituição Federal de Portugal*. [Consult. 18 maio 2019]. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>>.

_____, *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto***.** [Consult. 22 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/254d43d1ec184fce802583b000529666?OpenDocument>>.

RODRIGUES JUNIOR, *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha*. Conjur. 2014. [Consult 19 maio 2019]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil:* volume único. 6. Ed. rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

_____, Flávio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral.11* ed. Rio de janeiro: Forense, 2015.

_____, *Técnica da Ponderação no Novo CPC: posição favorável*. [Consult 11 maio 2019]. Disponível em: <<www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tecnica-da-ponderacao-no-novo-cpc-posicao-favoravel/16216>>.

SARLET, Ingo Wolfgang e FERREIRA NETO, Arthur. *O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STF. *Direito ao esquecimento: Bibliografia, legislação e jurisprudência temática*. Jun/2017. Voto do Min. Marco Aurelio Mello no HC 82.425-2. [Consult. 15 abr. 2019]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito_ao_esquecimento2.pdf>>

ISSNe 2595-1602

STJ - *REsp: 1316921* RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012. [Consult. 01 maio 2019]. Disponivel em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>>.

STJ. *RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097* – STJ - RE no REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 11/10/2017. [Consult. 23 maio 2019]. Disponível em: << https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509639798/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7>>.

Notas

[1] SARLET, Ingo Wolfgang e FERREIRA NETO, Arthur. *O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, pág. 33.

[2] BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. *Direito ao Esquecimento: a justa medida entre a liberdade informativa e os direitos da personalidade.* - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 92.

[3] MAYER-SCHONBERGER, 2009, *in* FERREIRA NETO, Arthur. *Direito ao Esquecimento e sua fundamentação prioritária no livre desenvolvimento da identidade pessoal.* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. [Consult. 10 abr. 2019]. Disponível em: Consult 10 abr 2019]. Disponível em << http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1569>>.

[4] BOLESINA, Iuri. Direito à extimidade. Raizes Juridicas: vol. 9, n. 2, jul/dez.2018: Curitiba.

[5] PECK, Patricia. Direito Digital. – 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

[6] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 70.

[7] KHOURI, Paulo R. *O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil.* Revista de Direito do Consumidor, v. 89, p. 463, set. 2010.

ISSNe 2595-1602

[8] BRASIL. Lei 12.965/2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.* [Consult. 20 abr. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

[9] PORTUGAL, *Lei nº 10/91.* [Consult. 19 abr. 2019]. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/599769/details/maximized.

[10] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 6. Ed. rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.102.

[11] TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral.*11 ed. Rio de janeiro: Forense, 2015, p. 147.

[12] GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 148.

[13] NERY JR, Nelson; NERY, Rosa M. de A. *Código Civil anotado e legislação extravagante.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 157.

[14] MARQUEZAN, Bibiana Lara Simões. *O direito ao esquecimento na internet e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro*. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. 8 a 10 de novembro de 2017, Santa Maria, RS.

[15] SARLET, Ingo Wolfgang e FERREIRA NETO, Arthur. *O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

[16] BRUM, Caroline Bussoloto de. *Análise constitucional do direito ao esquecimento.* Boletim IBCCRIM- Publicação do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais. Ano 24 – n. 88 – novembro /2016.

[17] STF. *Direito ao esquecimento: Bibliografia, legislação e jurisprudência temática*. Jun/2017. Voto do Min. Marco Aurelio Mello no HC 82.425-2. [Consult. 15 abr. 2019]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/direito_ao_esquecimento2.pdf>>.

[18] TARTUCE, Flávio. Técnica da Ponderação no Novo CPC: posição favorável. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tecnica-da-ponderacao-no-novo-cpc-posicao-favoravel/16216. Acesso em: 11 mai. 2019.

[19] BRASIL, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 18.05.2019.

[20] BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 18.05.2019.

ISSNe 2595-1602

[21] BRASIL, Lei de Execuções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 18.05.2019.

[22] BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 22/05/2019.

[23] BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 22/05/2019.

[24] BRASIL, Enunciado 531. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em 17.05.2019.

[25] BRASIL, Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>>. Acesso em 22.05.2019.

[26] BRASIL. Lei 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>>. Acesso em 20.04.2019.

[27] BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. [Consult. 22 maio 2019]. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>>.

[28] *Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.*
Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
§ 1º A ordem judicial de que trata o ***caput*** *deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.*
Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

ISSNe 2595-1602

[29] BRASIL, *Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD*. [Consult. 23 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>>.

[30] COMISSAO EUROPEIA. Press release, Europa. *Comissao propõe uma reforma abrangente das regras de proteção de dados para aumentar o controlo dos utilizadores sobre os dados e reduzir os custos para as empresas*. [Consult 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_pt.htm>>.

[31] CNPD. Comissao Nacional de Protecção de Dados. *Lei 67/98.* Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. [Consult. 18 maio 2019]. Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>>.

[32] PGDL. *Procuradoria Geral Distrital de Lisboa.* Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1399&tabela=leis&so_miolo=>>.

[33] PORTUGAL, **Livro Verde Para a Sociedade da Informação em Portugal.** [Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>>

[34] PORTUGAL, **Constituição Federal.** [Consult. 18 maio 2019]. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>>.

[35] Art. 26, N 1. *"A todos são reconhecidos os direitos a identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação".*

[36] PORTUGAL, *Código Civil.* [Consult. 20 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>>.

[37] Art. 80º, n 1: "*Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem*".
Art. 80º, n 2: "*A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas".*

[38] PORTUGAL. *IGEF.* [Consult. 22 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/254d43d1ec184fce802583b000529666?OpenDocument>>.

ISSNe 2595-1602

[39] URUBAYEN, Miguel. *Vida privada e informacion: un conflito permanente.* Pamplona: Ediciones de Navarra, 1977, p. 120-125, apud BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda.

[40] *ADORO CINEMA.* [Consult 01 maio 2019]. Disponível em: <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-177516/>>.

[41] GOOGLE DISCOVERY. *Maior blog sobre Google, Android, Chrome e IOS.* [Consult 01 maio 2019]. Disponivel em <<https://googlediscovery.com/2010/10/09/xuxa-vence-na-justica-e-obriga-google-a-censurar-resultados/>>.

[42] BRASIL. STJ - *REsp: 1316921* RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012. [Consult. 01 maio 2019]. Disponivel em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>>.

[43] BRASIL. STJ. *RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097* – STJ - RE no REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 11/10/2017. [Consult. 23 maio 2019]. Disponível em: << https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509639798/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7>>.

[44] Em 2014, por ocasião do caso Gonzalez x Google Spain, o Tribunal de Justiça da Uniao Europeia considerou que os indivíduos têm o direito de solicitar que mecanismos de pesquisa, como o Google, removam determinados resultados de consultas com base no nome da pessoa. O mecanismo de pesquisa precisa obedecer às solicitações caso os links em questão sejam "inadequados, irrelevantes, não mais relevantes ou excessivos", levando em consideração fatores de interesse público, incluindo o papel do solicitante na vida pública.

[45] O site Google já recebeu mais de 250.000 solicitações de remoção de conteúdo, com fundamento no Direito ao Esquecimento. Sendo mais de 2.100 pessoas de Portugal. (até agora apenas 25% das solicitações dos Portugueses foram atendidas).

[46] GOOGLE. *Remoção de URLs da Pesquisa Google por motivos de privacidade.* [Consult. 28 maio 2019]. Disponível em: <<https://www.google.com/search?q=pedidos+apagar+dados+google&oq=pedidos+apagar+dados+google&aqs=chrome..69i57.10831j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>.

[47] RODRIGUES JUNIOR, *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha.* Conjur. 2014. [Consult. 19 maio 2019]. Disponível em: <<https://ww.w.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>>.

ISSNe 2595-1602

O MERCADO ELETRÔNICO E A RELATIVIZAÇÃO DE FRONTEIRAS: O DEVER DA ORDEM INTERNACIONAL EM TUTELAR A ECONOMIA SUSTENTÁVEL NOS CONTRATOS DE CONSUMO VIRTUAIS.

Subtema: Direito Internacional Privado contratos internacionais.

Cleverton Reikdal[1]

Mariana Aguiar Esteves[2]

ISSNe 2595-1602

RESUMO

A integração econômica globalizada com destaque no comércio eletrônico é uma realidade, afetando diretamente as estruturas políticas jurídicas do Estado Constitucional Moderno. A partir da importância das atividades econômicas, no desenvolvimento sustentável e na análise atualizada do Direito Civil Internacional, procura-se, a partir da revisão bibliográfica, uma prática que possibilite efetivar o direito fundamental do consumidor, vislumbrando a criação de uma regulação das relações de consumo internacionais no mercado eletrônico, com enfoque em sua dimensão político-jurídica, objetivando deduzir, a partir de metodologia dedutiva, a possibilidade de se preencher essa lacuna ainda existente no Direito Moderno Internacional Privado e, assim, reconstruir um novo modelo hermenêutico aplicável pelos Estados Constitucionais, a partir dessas normas universais, que permitam a promoção do desenvolvimento sustentável da economia e proteção do consumidor transnacional nessas relações.

Palavras-chave: Globalização; integração econômica sustentável; consumidor transnacional; contratos eletrônicos; direito fundamental do consumidor;

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas Univali, professor das cadeiras de Direito Empresarial e Direito Civil na Faculdade Católica de Rondônia e Centro Universitário São Lucas, e-mail tom.reik@gmail.com

[2] Mestranda em Direito da Universidade Nove de Julho, sócia do escritório Pontes Pinto e Pignaneli Sociedade de Advogados, e-mail mariiesteves@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A quebra das fronteiras nacionais fruto da globalização para a realização de contratos privados, em especial os de consumo, não é nenhuma novidade, especialmente se observarmos o veloz desenvolvimento do comércio eletrônico e das relações jurídicas que dele decorrem.

Nas últimas décadas, essa ampliação da integração das atividades econômicas entre Estados dá origem a diversos contratos internacionais firmados pela internet e, consequentemente, conflitos e novas demandas surgem nesse tipo de negócio jurídico ainda não regulamentado.

O que ocorre é que esse rápido avanço tecnológico de consumo internacional acabou resultando na existência de uma lacuna no direito, por não haver, ainda, previsão de proteção e garantias a esses consumidores virtuais.

Sabe-se que o ordenamento jurídico deve caminhar no mesmo sentido dos anseios da sociedade a qual se transforma constantemente e, para isso ocorrer, deve-se, em primeiro lugar, promover prestações de maneira sustentável.

Da mesma forma, pode-se dizer no âmbito internacional, ao transcenderem os Estados Constitucionais, esses anseios e negócios jurídicos inseridos no comércio eletrônico necessitam de atendimento e proteção de uma ordem jurídica constitucional internacional sustentável e eficaz.

As empresas que atuam nesse mercado evoluíram nas suas vendas e quanto ao seu atendimento, mas ainda não deixam de priorizar uma prática econômica pautada essencialmente na busca do lucro, evidenciando, assim, necessidade de se garantir que seus contratos, também, observem e atendam à função social, de direito a todas as sociedades também nesse âmbito internacional.

Os Estados, também, não possuem capacidade para regulamentar e garantir individualmente as questões desses contratos em vista dessa extraterritorialidade alcançada no meio virtual. Com isso, o consumidor se depara com dificuldades para encontrar um tribunal competente para garantir e realizar seus direitos, além da insegurança e incerteza ao enfrentar um processo em país diverso do seu.

Assim, com esse destaque da evolução tecnológica e a globalização dos mercados estarem, constantemente, provocando consideráveis mudanças nas atividades de produção, bem como intensificando a integração econômica no comércio internacional, tem-se que ao facilitar mais ainda o consumo de bens e serviços em âmbito internacional, consequentemente, surgem e surgirão, cada vez mais, contingências na prática.

Nesse contexto de recentes desafios legais que ainda esperam por respostas efetivas, apresenta-se, aqui, um breve estudo sobre esse mercado transnacional e a importância de sua regulamentação internacional.

A pesquisa se justifica, tendo em vista a necessidade de discussão de um tema atualíssimo com o propósito de contribuir tanto para o mundo acadêmico quanto para a rotina forense.

ISSNe 2595-1602

Para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários e normas, bem como de material já publicado (artigos científicos), contado os aportes teóricos da pesquisa bibliográfica na existência de uma sociedade conectada pelos meios de comunicação, pautadas na sociedade de rede de Manuel Castells (1999), os ensaios teóricos de Paulo Marcio Cruz (2003)m Rawls (2001) e Dworkin (1999) acerca do que é o direito, e a obsolência e incapacidade de resolução dos conflitos sociais democráticos dos Estados Constitucionais Modernos, somada à democracia transnacionalizada; a era do globalismo, pautada nos estudos de Giddens (1999), Cruz (2003) e Milton Santos (2006) seus impactos e a construção do espaço internacional virtual, a partir dos negócios jurídicos formalizados nos ambientes da internet, nas obras de Filkenstein (2009), Lima (2004), Marques (2004) e Mello (1999), e a Função social da empresa, a partir da sua concepção enquanto conjunto de contratos, Coase (1937), e a função social dos contratos em Donnini (2000).

O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E A ATIVIDADE ECONÔMICA.

As práticas das atividades econômicas contribuem substancialmente para o desenvolvimento das sociedades, a partir do momento que são nestas esferas que os produtos e bens são produzidos e postos em circulação para atendimento dos anseios e desejos da população. São consideradas atividades essenciais ao desenvolvimento social e econômico, sem as quais as tecnologias, produtos e serviços não seriam acrescidos. As sociedades empresárias possuem função diversa da função do Estado na produção e circulação dos bens e serviços.

Os contratos de consumo refletem diuturnamente a presença massificada da circulação desses bens e serviços e não encontram mais limitações espaciais, territoriais, para esse tipo de relação pós-moderna a soberania pautada em limitação territorial é um conceito sem aplicação. São diversos os exemplos dessas relações internacionais de consumo, as quais podem ser facilmente localizadas nos sites de compras online, como e-bay, ali expres, entre muitos outros. Da mesma forma que as relações contratuais não encontram esses limites, seus problemas e suas resoluções, também, não identificam mais na soberania da nação a legítima capacidade de resolução dos conflitos internacionais.

Antes de adentrar ao conflito de soberania que os contratos de consumo internacional proporcionam aos Estados Constitucionais modernos, mister reforçar que essas relações internacionais de consumo somente foram possíveis em razão da liberdade e incentivo de consumo perpetrada pelo regime liberal econômico e político, dos efeitos da globalização e da sociedade conectada por um rede de comunicação efetiva e em tempo real (CRUZ, 2003). A nova ordem do consumo é outra, a nova ordem é não existir territorialidade. Porém, nesta ausência de territorialidade nascem problemas que o Estado Constitucional Moderno não consegue resolver.

A reinvenção da própria função da atividade econômica deve ser buscada para fins de evitar que o poder político e de criação de direito sejam retirados da esfera pública para a esfera privada, prevalecendo o interesse escusos de uma minoria

ISSNe 2595-1602

detentora dos recursos financeiros sobre o interesse geral. O direito do consumidor, como um direito constitucional moderno, deve alçar a novas esferas, para que se mantenha um equilíbrio de poder entre as sociedades empresariais transnacionais e o poder público na criação do direito, em busca do princípio republicano pautado no interesse da maioria (CRUZ, 2003).

A proposta, neste ensaio teórico, portanto, não é de criar um controle público sobre a atividade econômica, mas sobre os efeitos negativos decorrentes da sua prática, em especial na incapacidade de exercício de poder que os Estados Constitucionais Modernos sobre as relações fáticas, que acabam ignorando o lado social. Por isso, a proposta é da redução da soberania do poder político e jurídico, para existir um ente transnacional que busque a solução de conflitos pautados na função social da atividade econômica, tendo como proposta a análise da estruturação da empresa, sua função social e seus reflexos nos contratos de consumo.

AS EMPRESAS, AS RELAÇÕES CONTRATUAIS E O LIBERALISMO.

Com base nas definições de empresa, sejam como unidades produtoras de bens e serviços de uma determinada sociedade, ou como a soma de recursos naturais (fator terra), mão de obra (fator trabalho), dinheiro (fator capital) e conhecimentos técnicos (fator tecnologia) para que, devidamente organizados por uma pessoa física ou jurídica (o empresário), gerem bens ou serviços (PIMENTA, 2016), ou ainda na visão da economia, "Economics is the study of the operation of economics organizations, and economic organizations are social (and rarely individual) arrangements to deal with the production and distributions of economic goods and services." *(*STIGLER, 1952, p.1).

Das definições de empresa perante a ciência jurídica, é reconhecido que a empresa não é sujeito nem de direito nem de deveres, a empresa é um relacionamento de diversos contratos pautados na direção da atividade econômica e redução dos custos de transição. *"A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur;" (*COASE,1937, apud WILLIAMSON; WINTER,1993, p. 22*).*

Analisar a empresa a partir das relações contratuais coloca o consumidor como um dos meios pelo qual o empresário deve alcançar o seu resultado final, retira do consumidor seus interesses sociais a partir do desenvolvimento da atividade econômica para colocá-lo como parte de um dos inúmeros contratos que são realizados. Reduzir a visão do cidadão a consumidor é capaz de ignorar a própria função social da atividade econômica.

A função social da empresa é princípio garantidor de direitos do desenvolvimento da atividade econômica e garantias individuais, a partir do momento que ele decorrer da função social da propriedade privada e da função social dos contratos. Função social que supera a ideia de norma jurídica para alcançar o próprio desenvolvimento social, em tempos atuais, presumindo-se sustentável.

ISSNe 2595-1602

Ressalte-se, por indispensável, que a concepção social é inconfundível com a pura e simples incidência do conceito jurídico de "função social". Antônio Junqueira de Azevedo (1998, p. 116) anota, ainda, que o princípio da função social "difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas (...)" (RODRIGUES JUNIOR, 2004)

O DIREITO À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA DECORRE DE FATOS HISTÓRICOS E SOCIAIS, DEVENDO SER RECONHECIDO COMO ORDEM INTERNACIONAL.

Após a crise financeira norte americana de 1929, foi necessária uma reformulação no pensamento e aplicação do regime liberal mitigado pela intervenção do Estado. Esta intervenção não poderia ser tamanha a ponto de configurar os regimes socialistas, mas, também, em paradoxo, não poderia ser ínfima a ponto de a comunidade internacional sofrer outra crise como a de 29. Neste meio campo, até o término da guerra fria, passamos a ter a aplicação de um regime do bem-estar social, um Estado que trazia para si grandes responsabilidades financeiras para a manutenção dos interesses e necessidades sociais. São as inúmeras políticas públicas e sociais nas grandes áreas da educação, saúde, pleno emprego, segurança, serviços essenciais, etc.

Para Fabio Ulhoa Coelho, o neoliberalismo fica conceituado como "modelo econômico definido na Constituição que se funda na livre-iniciativa, mas consagra, também, outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar; Defesa do consumidor, proteção ao meio ambiente, função social da propriedade e outros previstos no Art. 170º da CF como informadores da ordem econômica

Essa díade entre a função pública (política) e a função privada (sociedades empresariais) perpassa em análises políticas distintas em diversos momentos da história do Estado, porém foi na visão liberal econômica e política, aquela pautada nos ideais ingleses, que trouxe a maior expressão dialética para o processo do afastamento da política na produção e circulação dos bens, considerando o "não intervencionismo liberal e a supremacia das liberdades individuais situavam a política numa esfera estranha à vida dos cidadãos, fora da sociedade econômica e com a função preferencial e irrenunciável de proteger a esta última." (CRUZ, 2003, p..45).

O afastamento da política da atividade econômica é protegido pelo próprio direito nacional, em especial no ocidente naqueles estados que adotaram as ideologias liberais econômicas, no decurso histórico permitiu que as sociedades empresariais se desenvolvessem pautadas nos seus próprios interesses, que em tempo de globalização vêm produzindo modelos de comportamentos sociais pautados nas suas próprias regras privadas de produção e consumo.

Nesta construção do direito à sociedade em demandar a função social das empresas não se identificam os alcances e sua limitação (NONES, 2002), de um lado

ISSNe 2595-1602

as sociedades empresariais não se vinculam a nenhuma obrigação de cumprir a sua função social, salvo o respeito às leis que lhe são impostas como deveres jurídicos, e a possibilidade de sanção, desde que prevista como comando judicial.

A proposta aqui, portanto, é identificar o exercício empresarial a partir dessa reunião de contratos, incluindo o contrato com o consumidor, pois existe histórico político e jurídico confirmando o papel dos contratos com especial relevância com proposição de uma forma de manutenção do equilíbrio social econômico:

"Apesar disso, é evidente que nem todos os indivíduos encontram-se em situação de igualdade na hora de firmar um contrato. A desigual repartição de meios e capacidades coloca, em muitas ocasiões, um dos contratantes dependente do outro, já que a necessidade obriga, muitas vezes, a aceitação de acordos desvantajosos ou com cláusulas claramente desfavoráveis para uma das partes. Como escreve Rogério Donnini, "*o Liberalismo do século XIX fez do contrato o mais importante dos negócios jurídicos realizados entre pessoas, vinculando as partes juridicamente, mas nem sempre de forma equânime, justa e ética*"[3]. (p.222)" (CRUZ, 2003, p. 70).

Em análise jurídica, não seria necessário, portanto, a criação de normas nacionais ou supranacionais limitando o exercício da atividade, mas prevendo o reconhecimento de um princípio transnacional pautado nas relações contratuais entre consumidores e empresas transnacionais. Canotilho através da "Teoria da Interconstitucionalidade" favorece o entendimento de que é possível uma análise conjunta dos ordenamentos nacionais em face de normas tidas como universais. O texto jurídico interno será interpretado, numa regra de hermenêutica com os princípios internacionais e a função do social das empresas como ordem pública internacional na preservação da globalização e econômica sustentável, (retomando novamente ao direito humano à sustentabilidade da sua diversidade e mercado).

A legitimação deste preceito internacional é como aceitação da norma, a partir da teoria discursiva do direito de Dworkin (1999), em especial o discurso das diversas fontes do direito (diálogo das fontes, englobando sustentabilidade e função social). O diálogo é o que leva ao consenso. A proposta da legitimidade da norma é para ir de contraponto ao controle da norma pura e alcançar a validade na definição de Justiça.

O direito ao ser reconhecido como um fenômeno social, torna sua prática argumentativa. Um fenômeno prático que se apresenta a partir da sua argumentação acerca das proposições, discutindo-as se são verdadeiras ou não. O que o direito permite, proíbe, somente pode ser alcançado a partir da observação de como as sociedades fundamentam e defendem essas reivindicações. Nesta visão de Dworkin sobre o que é o direito, é possível reconhecer na evolução histórica do que vem se produzindo no direito internacional pelo conflito entre livre operação econômica de produção e violação ao direito ao desenvolvimento sustentável do consumidor.

3

ISSNe 2595-1602

GLOBALIZAÇÃO, REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A PRÁXIS DO MERCADO TRANSNACIONAL.

As legislações nacionais vêm se deparando com relações jurídicas originárias de contratos de consumos com arcabouço na virtualidade, não tendo sido capazes de oferecer respostas a essas eventuais lides. Nasceu um consumidor cibernético, fruto da Revolução Tecnológica e da Sociedade do Consumo, que tem como uma das principais características firmar contratos com esteio em ideias e produtos "imateriais". Porém, as disparidades entre as normas nacionais e a existência de esparsas regulamentações internacionais acerca das garantias consumeristas têm deixado os consumidores à margem de proteção jurídica.

Ademais, a grande maioria dos países não possui legislações nacionais voltadas, exclusivamente, para a regulação do comércio eletrônico; as eventuais normas que possuem, foram elaboradas com base em conflitos de natureza específica, que refletem a realidade de cada país, tendo nascido das observações de seus legisladores locais. Não há como homogeneizar essas normas de direito material, cabendo apenas uma tentativa de adequação das regras existentes para solucionar de forma casuística cada eventual problema que surge. Ademais, nem mesmo as regras de conflito do Direito Internacional Privado (DIPr) são capazes de refletir todos elementos de estraneidades necessários à proteção das transações em que um dos lados é hipossuficiente, até mesmo, porque o DIPr foi desenvolvido com foco nas relações mercantis.

Durante os períodos das revoluções industriais, em que hoje nos encontramos em plena 4ª revolução, (SCHWAB, 2016)), o processo de consumo e valoração da produção foi se desenvolvendo a partir das suas próprias regras privadas; associado aos novos espaços sem fronteiras produzidos pela globalização, o mercado torna-se, cada vez mais, transnacional, deixando de reconhecer a diversidade social e cultural, criando interferência política e econômica, a partir do momento que possui poder econômico e social.

A práxis desse mercado transnacional, neste sentido, tem capacidade e poder de criar políticas e transformar fatos em direito, o pluralismo da diversidade é manifestado ao integrar diferentes culturas locais neste espaço globalizado. No entanto, ao mesmo tempo, existe em conjunto a essa diversidade um poder decorrente do pensamento elitista liberal para que essas culturas se massifiquem e reforcem o modelo de uma prática econômica livre de qualquer interferência e pautada na busca do lucro, deixando padrões de conduta baseadas na solidariedade e generosidade de lado. (CRUZ, 2003)

Os estados modernos constitucionais, por estarem pautados nesses ideais liberais ingleses do século XVII, não possuem mais capacidade nem legitimidade para alcançar os anseios sociais locais e globais, necessitando, portanto, de criação de novas instituições transnacionais capazes de regular com efetividade a atividade econômica e financeira dos mercados.

A globalização permite um espaço planetário no qual as empresas transnacionais compartilham com os Estados as capacidades e legitimidades

ISSNe 2595-1602

políticas, tornando obsoleta qualquer movimento dos Estados nacionais na manutenção do exercício exclusivo do poder político. (CRUZ, 2003)

Essas aberturas e ranhuras que a globalização causa, geram impactos às instituições políticas pautadas na lógica institucional moderna; não conseguem manter um equilíbrio entre as conquistas dos espaços internacionais e proteger o interno.

Há sim, portanto, o reconhecimento dos espaços de instabilidade. A nova arquitetura pública transnacional pode transformar a instabilidade em espaços deliberativos democráticos.

Milton Santos (2006) verifica, que essa globalização é construída numa tirania da informação e do dinheiro. Castells (1999) reconhece que a nova ordem é a organização em rede, afirmando que a comunicação em rede e a dependência dessa rede de comunicação nos submete a um grande poder sobre aqueles que detêm o controle do fluxo.

Para alcançar o ideário de uma sociedade internacional integrada, faz-se imprescindível adotar a teoria de John Rawls, que defende a criação de um Direito dos Povos, independentemente do tipo de governo que rege essas nações, pois com isso, o direito será aceito por todos, mesmo os povos não liberais. Rawls baseia esse direito em uma ideia liberal de justiça, que tem seu condão na ideia familiar de contrato social, pois, para ele, não deve haver apenas um Direito dos Povos, mas uma família desses direitos, razoáveis, que preenchem todos os requisitos e satisfazem todos os representantes desses povos. Diz ele, "*Uma sociedade dos povos é razoavelmente justa no sentido de que os seus membros seguem o Direito dos Povos razoavelmente justo nas suas relações mútuas"* RAWLS, 2001).

O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO E EXERCÍCIO DO PODER

O Estado Constitucional Moderno se encontra estruturalmente afetado pela globalização e é insuficiente para fazer frente aos grandes problemas, com a consequente perda de eficácia e legitimidade. A globalização permite um espaço planetário no qual as empresas transnacionais compartilham com os Estados as capacidades e legitimidades políticas, impõe valores de mercado, valores empresariais movidos pelo lucro, tornando, em razão do poder exercido, obsoleto qualquer movimento dos Estados nacionais na manutenção do exercício exclusivo do poder político (LIMA, 2004).

Os novos caminhos que são propostos pela globalização na abertura do espaço internacional e transnacional, dentro dos limites territoriais de cada nação, geram impactos às instituições políticas e jurídicas pautadas na lógica institucional moderna, qual seja, a coerção exclusiva em exercer e exigir o dever jurídico no espaço soberano nacional, este limitado, exclusivamente, pelos espaços geográficos, ou imaginários de fronteiras físicas. Essa busca moderna não permite a manutenção do equilíbrio entre as conquistas das sociedades transnacionais e a circulação de pessoas, bens e serviços entre territórios, o que se verifica, portanto, que os caminhos da globalização já exigem um certo nível de governança transnacionalizada.

ISSNe 2595-1602

Para essa questão proposta, propõe-se um ensaio teórico sobre a possível internacionalização da política como forma de aproveitar os aspectos mais positivos da globalização, bem como associados à restruturação do poder jurídico, para na exigência da função social das empresas, o eixo do destino dos seres humanos seja sustentável.

Em regimes democráticos, ainda pautados na dualidade liberal/socialismo, há um objetivo proposto pela terceira via de Gibbens que aposta nos valores de democráticos e de responsabilidade pelo exercício dos direitos.

O confronto liberal e social, ainda, acontece, em especial na disputa pelo poder econômico, de um lado as sociedades empresariais transnacionais reconhecem no Estado uma barreira a ser superada e de outro o Estado impondo limites internos.

A suposta barreira que gera protecionismo interno, impostos, regras trabalhistas exacerbadas, legitima sindicatos, cria leis ambientais restringindo a exploração dos recursos naturais, protege direitos de consumidores e mitiga a proteção da propriedade privada. Do outro lado, há as pessoas sem controle da produção, os grandes centros urbanos com bolsões de pobreza, pessoas miseráveis, a má distribuição de rendas, os índices de diferença entre os mais ricos e mais pobres aumentando, os riscos ambientais sem controle, direitos trabalhistas sendo reduzidos em face do crescimento econômico.

O poder exercido pelas sociedades empresariais é gerador de propostas políticas, econômicas e jurídicas, com capacidade de fato em criar, modificar e extinguir os direitos, necessitando, assim, que seja regulado, não a atividade econômica em si, mas o exercício desse poder. A terceira via do Estado, portanto, pode ser uma teoria a refletir este embate dialético, pois reconhece a globalização e o exercício de direito como responsabilidade, o primeiro dito como uma fato histórico e inevitável da nova organização política, social econômica, enquanto o segundo como um bem necessário para o desenvolvimento de uma sociedade sustentável e solidária.

Giddens (1999), com destaque para uma visão política orientada à democracia, liberdade, justiça, compromisso mútuo e internacionalismo, transcendendo a preocupação com o controle do Estado, com possível superação da obsessão pelo controle interno e rígido da economia pautada numa soberania superada pela visão otimista da globalização com poder social aplicado de forma ativo e participatório por parte da sociedade, ao frear os poderes destrutivos de um mercado independente e pautado nos princípios neoliberais da sua autocapacidade de regulamentar.

Essa perspectiva, ou terceira via, pode ser alcançada com o reconhecimento e aplicação de que não há direitos sem responsabilidades; os direitos individuais, de propriedade, de liberdade, devem estar adequados aos pressupostos de responsabilidades sociais, com preocupação ao desenvolvimento regional, preservação cultural e ambiental. Soma-se a esse valor, a existência de autoridade pautada na democracia, no Estado democrático de direito, legitimador do procedimento de eleição das formas de exercício do poder.

A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL.

ISSNe 2595-1602

A elaboração de algumas leis-modelo em esfera internacional e a divulgação de diretrizes acatadas pela ordem internacional proporcionam aos Estados, ainda que não tenham cunho obrigatório, uma possibilidade de aperfeiçoarem suas legislações internas e ampliar sua presença no mercado internacional, o que já é um passo significativo para o alcance da proteção do consumidor eletrônico (CANUT, 2008).

A Teoria de Savigny que desenvolveu a do Direito Internacional Privado, também, já trazia essa ideia da "comunidade de direito entre os diferentes povos", através da criação de princípios e regras universais, pois segundo ele o interesse dos povos e dos indivíduos exige igualdade no tratamento das questões jurídicas, de forma que no caso de eventuais conflitos, a solução deva ser sempre a mesma.

Dentro desta realidade, Maria Eugênia Finkelstein afirma, *"*em face de tanto esforço unificador, é de constatar a existência de uma tendência de os Estados soberanos adotarem regras uniformes, em matéria de comércio eletrônico, para gerar alguma espécie de certeza aos comerciantes internacionais*"* (FINKELSTEIN, 2011)*.* Para tanto, surge um novo cenário global para o Estado, que compartilha esferas de seu poder, aceitando ser regulamentado por normas consensuais aceitas pelos participantes da sociedade internacional. A antiga ideia de concentração de poder apenas nas mãos do Estado está superada e surge um novo modelo de Estado, obrigando o mesmo a administrar parcerias com outras fontes de poder, como as empresas, organizações sociais e instituições das mais variadas ordens, como as religiosas.

Esse novo Estado surge em decorrência, inclusive, do aparecimento das novas tecnologias e acompanhando as políticas neoliberais. Com isso, poder-se-ia dizer que se forma um paradoxo entre a concepção neoliberal de atuação do novo Estado com a necessidade de o mesmo intervir nas relações de consumo para proteger o hipossuficiente – o consumidor. Em verdade, esse conflito é aparente, pois o papel do Estado nas relações consumeristas, mesmo que não seja possível abarcar todas as situações jurídicas que evidentemente aparecem no meio social, é preponderante para se concluir cada etapa do processo de fortalecimento e amadurecimento do comércio eletrônico. Segundo Antônio Boggiano, "se justifica o respeito às normas de polícia estrangeiras a fim de estabelecer um espírito de cooperação internacional entre países dispostos à recíproca solidariedade*" (*BOGGIANO, 2003)*.*

Importante mencionar que essa interferência estatal para garantir a proteção dos direitos do consumidor não contraria os princípios clássicos do livre comércio e da livre concorrência. Em verdade, essa proteção aos consumidores colabora para a regulamentação e equilíbrio de mercado, garantindo que o exercício desta liberdade não afete direitos individuais e coletivos. Na proposta feita por Cláudia Lima Marques ao Comitê Jurídico Interamericano - CIJ/OEA da Organização dos Estados Americanos para uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado, indica que há uma tendência atual de desenvolvimento de normas imperativas em matéria de consumo em conjunto com a regulamentação nos processos de integração regional (MARQUES, 2004).

A importância da atuação estatal no âmbito da regulamentação do direito consumerista internacional e eletrônico é inquestionável e vital para o seu

ISSNe 2595-1602

desenvolvimento e solidificação no ordenamento internacional. É preciso, contudo, lembrar que o desenvolvimento da *internet* e a agilidade nas trocas de informações, decorrentes do avanço tecnológico, podem causar a defasagem do direito, provocando uma lacuna jurídica, levando à ineficácia da proteção dos consumidores. Assim, a positivação de normas consumeristas para o comércio eletrônico e a harmonização do DIPr, em esfera internacional, podem acabar engessando o ordenamento jurídico, acabando em letras mortas, pois o comércio eletrônico internacional muda diariamente suas necessidades e anseios.

Esse consumidor passivo firma relações jurídicas consumeristas pela *internet* com fornecedores internacionais que, por vezes, só possuem o sítio virtual, sem sede física. Essa situação deixa o consumidor eletrônico altamente vulnerável e exposto às práticas de mercado, o que provoca a necessidade de se discutir e tentar encontrar soluções possíveis no âmbito do Direito Internacional Privado para resolver os eventuais conflitos, que possam nascer destes contratos eletrônicos internacionais de consumo. Regular esse mercado eletrônico internacional a ponto de proteger o consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica, é um desafio que apenas a Jurisdição Estatal não é capaz de acompanhar, pela rapidez e dinamismo com que o comércio eletrônico se modifica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que restou demonstrado, constatou-se um cenário atual de novas necessidades e direitos fundamentais advindos da relação entre uma nova classe de consumidores e empresas pertencentes ao mercado eletrônico internacional. Tem-se que nessa chamada Quarta Revolução Industrial, ocorre a transnacionalização do consumidor, o qual passou a realizar diversos contratos internacionais pela internet, diante do avanço desse mercado digital e da relativização de fronteiras que provocou.

Desse cenário, então, se extrai importante questionamento quanto à necessidade da criação de uma estrutura normativa de ordem constitucional transnacional que possibilite a tutela dos direitos desses consumidores nessas relações jurídicas, ante o fato de que o tradicional Direito Privado Internacional ou os dos Estados, individualmente, são insuficientes para alcançar esse objetivo.

Nesse contexto de ampla integração econômica nas relações de consumo em âmbito internacional, por meio da prática neoliberalista de mercado pela maioria dos Estados, principalmente os ocidentais, vê-se a clara necessidade de haver um controle sobre possíveis efeitos negativos e eventuais demandas originadas dessa prática, visto que sem ele, restaria extrema insegurança jurídica e incertezas ao consumidor. Mas como os Estados Constitucionais Modernos são incapazes de realizar essa tarefa sozinhos, vislumbra-se que tal questão poderia ser resolvida a partir da criação de um ente transnacional, que busque a solução de conflitos pautado na função social da atividade econômica de forma sustentável.

A partir desta análise, tem-se que não se criariam, necessariamente, novas normas, limitando o exercício das atividades das empresas do mercado eletrônico, visto que tal positivação engessaria o sistema o tornando ineficaz e letra morta em

ISSNe 2595-1602

vista do dinamismo e evolução dessas relações. Mas a criação de normas, prevendo o reconhecimento de princípios transnacionais, pautadas nas relações contratuais entre os consumidores e essas empresas, com base, principalmente, na sustentabilidade e reconhecimento da função social. E a partir desses princípios internacionais é que os ordenamentos internos também deveriam sempre serem interpretados.

Dessa forma, não restam dúvidas de que essa transnacionalidade do mercado eletrônico requer uma regulamentação principiológica emanada de um ente internacional capaz de tutelar o direito desses consumidores, que ainda assim são a parte hipossuficiente dessa relação jurídica e, com isso, também garantir a preservação de uma economia mundial sustentável nos contratos de consumo virtuais.

REFERÊNCIAS

CANUT, Letícia. *Proteção do Consumidor no Mercado eletrônico internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

BOGGIANO, Antonio. Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales. 4ª. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*; v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política,* poder, *ideologia e Estado contemporâneo*. 3ª ed., 1ª tir./ Curitiba:Juruá, 2003.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A Constituição Federal e a concepção social do contrato*. In: Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal. Org. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DOWRKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica.* São Paulo: Malheiros, 1996.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. "*Direito do Comércio Eletrônico".* 2ª Edição. Ed. Campus Jurídico, 2011.

_____ *Aspectos Jurídicos do comércio eletrônico.* Ed. Síntese. Porto Alegre: 2004.

FINKELSTEIN, Cláudio. *A e-lex mercatoria.* Revista de Direito Internacional e Econômico, nº. 11, 2009.

LEMOS, Ronaldo da Silva Júnior. *Regulamentação da Internet no Brasil.* São Paulo: Ed. RT, 2001.

ISSNe 2595-1602

LIMA, Abilio Lázaro Castro. Globalização econômica e crise dos estados nacionais. In: *Repensando a teoria do estado*, organizado por Ricardo Marcelo Fonseca. Belo Horizonte: Fórum, 2004

GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia.* Trad. Maria L. Borges. São Paulo: Record, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. (*um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Anuário: direito e globalização*. 1 – A Soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

MARTINS, Eduardo Weiss. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional.* São Paulo: Atlas, 2006.

PIMENTA, Goulart. Análise econômicado regime jurídico-constitucional daempresano direito brasileiro. *Revista Novos Estudos Jurídicos* - Eletrônica, Vol. 21 - n. 1 - jan-abr 2016. Consultado em 10 de abr. 2017. Disponível em < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/8769-23934-1-sm.pdf> 2 312 Issn Eletrônico 2175-0491.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RODRIGUES Junior, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de informação legislativa : v. 41, n. 163* (jul./set. 2004). Consultado em 10 de mar 2019. Disponível em < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SAVIGNY, Federico Carlos Von. *Los fundamentos de la ciencia jurídica*. Trad. por Werner Goldschmidt, 1949, em: La Ciencia del Derecho.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Editora: Edipro. Edição: 1. Ano: 2016.

STIGLER, George J. *The Theory of Price*. New York: Ed. Macmillan, 1952.

WILLIAMSON Oliver E., WINTER, Sidney G. *The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development*. Oxford University Press, USA; Edição: Reprint, 1993.

ISSNe 2595-1602

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Catarini Vezetiv Cupolillo[1]

RESUMO

Esta pesquisa possui como finalidade analisar a teoria da perda de uma chance e sua respectiva aplicabilidade nos casos que versarem sobre a responsabilidade civil na relação entre advogado e seu cliente em que pese a sua atuação como profissional, visto que este possui caráter público, sendo imprescindível para a administração da justiça e asseguração do Estado Democrático de Direito. A "*perte d'une chance*" compreende uma terceira espécie de dano ligado a atualidade, diverso do lucro cessante e dano emergente, preocupando-se também em expor como é feita a apreciação da indenização nessas situações. Assim, é delineado no decorrer deste estudo os requisitos essenciais da teoria em epígrafe, com amparo no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que teve o primeiro acórdão neste sentido julgado em recurso especial nº 788.459/BA.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Advocacia. Superior Tribunal de Justiça (STJ).

ISSNe 2595-1602

[1] Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT/CUA). Endereço eletrônico: catarini.lilo@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é caracterizada por um vínculo formado entre alguém que descumpriu determinada obrigação e outrem a quem foi gerado um direito subsidiário desta violação, independentemente de declaração de vontade dirigida a esse efeito. Nessa arte, como elementos deste instituto temos o ato danoso (com culpa ou sem culpa), nexo de causalidade e prejuízo ou dano, este último é o que ensejou a criação da teoria da perda de uma chance e suas respectivas posições jurisdicionais.

Nessa arte, com a evolução da sociedade e da própria ciência do Direito verificou-se que a responsabilidade civil deveria preocupar-se também com os casos em que diante de uma determinada situação jurídica em que há consistente probabilidade de êxito e ganho de vantagem, a vítima sofre a perda de uma chance ou *perte d'une chance*.

A teoria, a qual possui origem francesa, nasceu em 1889 quando a Corte de Cassação Francesa julgou procedente o pedido do autor da ação reparatória por ser caracterizada a atuação culposa do "*parquet"* em situação de extrema probabilidade de êxito do postulante.

Surge assim, uma nova espécie de dano ao lado dos tradicionais danos emergentes e lucros cessantes, o dano relacionado a atualidade. Este último, por sua vez, é elemento essencial para a caracterização desta teoria, ressarcindo a vítima ao se constatar o prejuízo como certo e real, relacionando-se a extrema probabilidade futura de obtenção de vantagem ou diligenciando para evitar o resultado indesejado.

Na esfera nacional, a teoria da perda de uma chance vem ganhando espaço dentro do ordenamento jurídico por meio de julgados, informativos e entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ), principalmente no que tange a atuação dos profissionais liberais, como médicos e advogados. Os advogados, em especial, devido ao seu caráter público e função garantidora do Estado Democrático de Direito também devem ser submetidos a responsabilização civil quando atuarem com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, configurando sua responsabilidade subjetiva.

Desta forma, este estudo possui como escopo analisar a teoria da perda de uma chance, sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, como é realizada a quantificação da respectiva indenização e qual é o entendimento jurisprudencial atual do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em relação a responsabilização civil pela teoria em epígrafe e seu enquadramento nos casos de atuação danosa dos advogados em relação aos seus clientes.

2. NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916, possuía caráter subjetivista, estando o dano sempre atrelado a existência de culpa do agente. Assim, atendendo a própria evolução da sociedade, modernidade e industrialização, o novo "*Codex"* consagrou a

ISSNe 2595-1602

responsabilização civil fundada no risco especial de atividades lícitas, sem necessitar do elemento culpa.

Por esta forma, a responsabilidade subjetiva firmada na culpa continua a ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a responsabilidade civil objetiva (teoria do risco) é aplicada nos casos expressamente previstos em Lei ou decorrente da própria atividade normalmente desenvolvida pelo autor.

Não se pode deixar de analisar que o dano é pressuposto essencial da responsabilidade civil, bem como aqueles elencados no Art. 927, *caput* do CC/02, quais sejam: a conduta do agente e o nexo de causalidade.

2.1. CONDUTA DO AGENTE

A conduta do agente, pode configurar-se tanto culposamente (*lato sensu*) ou com ausência de culpa, assim, no primeiro caso o descumprimento desta violação seria cometido por uma ação ou omissão com a intenção de se provocar um prejuízo (dolo) ou sem a observância de cautela ao atuar (culpa em *stricto sensu*).

Nesse diapasão, ao tratar-se do dolo percebe-se a consciência do agente em efetuar o ato danoso com incidência em um resultado especifico. A culpa em stricto sensu, por sua vez, dirige-se apenas ao ato, mas não para o resultado, o qual ocorre por negligência (ao deixar de efetuar ato pelo qual possui conhecimento), imperícia (ausência de conhecimento técnico, prático ou teórico) e imprudência (omissão de cuidado pelo qual seria possível evitar resultado ilícito).

ISSNe 2595-1602

2.2. NEXO DE CAUSALIDADE

O elemento nexo de causalidade é o liame pelo qual se vincula a conduta do agente e o dano causado para que se configure, por sua vez, o resultado. Assim se dá a responsabilidade civil, com a junção destes três elementos, desde que se demonstre que houve culpa lato sensu por parte de quem praticou o ato, ou dispensando esta comprovação por meio de expressa previsão legal, ou por tratar-se de atividade de risco.

Além disso, devido à complexidade em se constatar o nexo causal nos casos concretos é que surgiram diversas teorias para sua determinação, dentre elas a “teoria da equivalência de condições” e a “teoria da causalidade”.

A teoria da equivalência de condições, a qual é oriunda do direito penal, estabelece que qualquer ação que enseja causa a um resultado será considerada de forma equivalente ou igual a qualquer outra, seja ela anterior ou posterior, não importando a análise de qual destas condutas prevaleceriam a fim de dar causa ao dano. Todavia, este raciocínio traz consigo o risco do cometimento de injustiças, visto que não se é verificado quais ações seriam adequadas para a configuração do resultado.

Em que pese a teoria da causalidade adequada tem-se que o dano é resultado de uma causa adequada para provocá-lo e esta independe de ter ocorrido imediata e diretamente dela. Deste modo, é examinado, em conformidade com o caso concreto, a eficácia da ação posterior e sua devida incidência na produção do resultado, a fim de responsabilizar quem deu início a ação.

Logo, diante das teorias supramencionadas e das demais existentes, é recomendável que seja aplicado uma flexibilização das teorias e normas a fim de garantir a justiça no caso concreto.

2.3. DANO

O dano ou prejuízo é elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil, sendo este uma lesão realizada por ação ou omissão a um interesse jurídico, de âmbito patrimonial ou não.

Tradicionalmente, a doutrina tem caracterizado o dano em material ou patrimonial e em dano moral. Este último trata-se de dano que atinge a esfera personalíssima do sujeito, atingindo direitos aos quais não possuem conteúdo pecuniário. Neste prisma, o que é objeto de indenização é o dano patrimonial decorrente da lesão a esfera moral do indivíduo e não o dano moral em si.

O dano patrimonial, conforme Pablo Stolze Gagliano[2] "(...) traduz a lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular.". Deste modo, o dano patrimonial desdobra-se em dano emergente, sendo este o efetivo prejuízo da vítima revelando-se como certo e mensurável e, também, em lucro cessante, corresponde aquilo que a vítima deixou de lucrar sendo este, por sua vez, certo mas mensurável com o decurso do tempo.

Cumpre ressaltar que ao lado do dano emergente e do lucro cessante tem-se adotado a teoria da perda de uma chance como uma terceira espécie de dano quanto a atualidade, o qual segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é passível de indenização ao ser verificado um prejuízo certo e real relacionado a uma extrema probabilidade futura de obtenção de vantagem.

3. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria em epígrafe originou-se na França no século XIX, na ocasião o autor foi indenizado por meio de ação reparatória pela perda de uma chance causada pela conduta de um "*parquet*".

Nessa vereda, a perda de uma chance indeniza a vítima que por meio da conduta de outrem, ação ou omissão, sofreu a perda de uma vantagem futura ou possui como finalidade evitar o dano a sobrevir. Insta salientar que para os adeptos desta teoria é necessário mais do que uma chance perdida e um dano eventual, exige-

[2] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de Direito Civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 899.

ISSNe 2595-1602

se a constatação de extrema probabilidade de uma oportunidade futura e certa pela qual teve o transcorrer normal dos fatos interrompido por ato ilícito de terceiro.

Nas palavras de Glenda Gonçalves Gondim[3] "o dano em sim, não será imputado ao agente, pois poderá haver outras concausas, todavia, o agente será responsável pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta". Assim, para a aplicação desta teoria é preciso haver nexo de causalidade entre a atuação antijurídica e o prejuízo ao qual foi submetido o sujeito e não mero dano ocorrido indiretamente.

Consequentemente, evidencia-se que o valor da indenização deve ser aplicado conforme a extensão do dano causado pela perda da oportunidade, bem como é preceituado no Art. 944 do Código de Direito Civil Brasileiro, isto é, a reparação recai pelo valor da perda da chance e não pela vantagem esperada.

A perda de uma chance permanece com os mesmos elementos formadores da responsabilidade civil, como: o ato ilícito de terceiro, o dano eventual e o nexo de causalidade entre estes. Entretanto para a respectiva aplicação deste instituto deve-se observar a perda de uma oportunidade de extrema probabilidade de êxito ligada a uma certeza de vantagem, as quais devem ser avaliadas em juízo[4].

3.1 APLICAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina diverge sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação à valoração de sua respectiva indenização no caso concreto, visto que apesar do dano eventual possuir como requisito a certeza e probabilidade por vezes este é aplicado em uma perspectiva de dano diversa.

Insta salientar que a teoria em epígrafe adota o dano eventual como elemento caracterizante, sendo este uma espécie do dano atual, o qual também se classifica como dano emergente e lucro cessante. O dano eventual de forma autônoma não seria indenizável por ser incerto e futuro, entretanto, quando compreendido dentro na perda de uma chance este pode ser aplicado, haja visto que nestas circunstâncias observa-se na situação concreta a efetiva e séria probabilidade futura de vantagem, a qual foi interrompida por ato ilícito de outrem.

Nessa vereda, Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem aceito a aplicação deste raciocínio quando presente os elementos supramencionados, assim, conforme as palavras do Ministro Massami Uyeda:

> "A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja

[3] GODIM, G.G. (15 de Maio de 2019). Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance. Fonte: researchgate.net: https://www.researchgate.net/publication/331170877_RESPONSABILIDADE_CIVIL_Teoria_da_Perda_de_uma_Chance, p. 16.

[4] Em consonância ao entendimento da obra anteriormente citada, p. 18.

ISSNe 2595-1602

> real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; " (REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009)

Neste diapasão, resta claro que sendo o dano real, atual e certo é possível a aplicação da teoria em estudo. Ademais, faz-se necessário evidenciar que a indenização do respectivo prejuízo recai sobre o dano causado e não sobre a vantagem esperada, neste sentido foi o primeiro acórdão julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em recurso especial nº 788.459/BA que versava sobre a teoria da perda de uma chance.

No caso em tela, a requente havia participado de um programa televisivo de perguntas e respostas denominado Show do Milhão, com premiação final de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Todavia, a participante não respondeu a última pergunta por não possuir alternativa correta e, assim, sofreu a perda de uma oportunidade.

A Quarta Turma do STJ entendeu que o valor da indenização não deve abranger a integralidade do prêmio perdido, visto que este dano se confundiria com os lucros cessantes, o qual é futuro e certo. Logo, em conformidade com o entendimento do Ministro Relator Fernando Gonçalves:

> "A indenização a que a parte faz jus, com tudo o que é proporcional à perda sofrida com a má elaboração da pergunta, deve limitar-se ao valor de cento e vinte e cinco mil reais, por refletir a probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, como no caso.". (REsp 788.459-BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJe 13/03/2006).

Desta forma, como exposto na jurisprudência "*ut supra*", a indenização requerida pela parte autora deve ser relativa ao prejuízo causado, pois a vantagem total esperada é utilizada como parâmetro para a valoração do dano causado pela perda desta oportunidade, devendo o valor também estar justificado na decisão judicial. Na circunstância em epígrafe, a litigante possuía quatro (04) alternativas para responder à pergunta, caso esta fosse corretamente formulada, assim, por cálculo percentual matemático a probabilidade da requente seria em 25% (vinte e cinco por cento) de acerto, o equivalente a R$ 125.000,00 (cento e vinte mil reais).

A jurisprudência do STJ ainda tem admitido a responsabilização civil apoiando-se na perda de uma chance ocasionada por erro médico, como consta em informativo nº 513, com a relatoria da Exmª. Ministra Nancy Andrighi:

> "A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira

ISSNe 2595-1602

inadequada pelo médico". (REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013).

Quando aplicada nessas situações, *a "perte d'une chance"* permanece com os mesmos requisitos, devendo haver conduta de terceiro em que se verifique nexo de causalidade entre esta e o prejuízo configurado, havendo extrema probabilidade de que a vítima auferiria a vantagem esperada.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Questão preliminar polêmica que aborda este tema é a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.906/1994) às relações dos advogados e seus clientes, nessa situação deve ser utilizado o Estatuto da Advocacia, haja visto que há legislação especifica sobre o tema e as fortes limitações éticas que regem tal vínculo, posicionamento majoritário no que tange ao Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, o mesmo tribunal traz decisões em que se conclui a integração entre os dois diplomas demonstrando que este não é um entendimento absoluto. Resta esclarecer ainda que por possuir caráter público, o serviço prestado pela advocacia não se enquadra ao mercantil, o qual é regido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Conforme o Art. 133. da Carta Magna "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão", o qual se repete também no Art. 2º do Estatuto da Advocacia. Neste último diploma, em seu Art. 32, é previsto ainda que "o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa".

Desta forma, evidencia-se o caráter constitucional da advocacia e a devida importância desta profissão na atuação em litígios a fim de assegurar o Estado Democrático de Direito e defesa de interesses, atuando com ética, moral e confiabilidade. Assim, somente será aplicada a responsabilidade sobre o advogado quando ficar demonstrado a sua negligência, imprudência, imperícia ou dolo, configurando sua responsabilidade subjetiva.

Levando em consideração a conduta do advogado é possível atribuir a ele sua responsabilização civil também pela teoria da "*perte d'une chance"* nos casos em que se possa verificar os requisitos essenciais para o seu enquadramento, como a conduta antijurídica de terceiro (neste caso a do advogado), dano eventual e nexo de causalidade entre estes, além da aferição de extrema probabilidade de perda de vantagem futura, como na hipótese, por exemplo, de não ajuizamento da demanda dentro do prazo prescricional e decadencial a depender de análise da situação concreta.

Assim, em consonância com o informativo nº 456, com a relatoria do Exmº. Ministro Luis Felipe Salomão:

ISSNe 2595-1602

> "Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance**,** pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso." (REsp 1.190.180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010).

Logo, não se trata apenas de mera hipótese de possibilidade de êxito, a teoria em epígrafe quando aplicada aos casos dos profissionais liberais que atuam no âmbito da advocacia permanece com seu caráter indenizatório relacionado a uma probabilidade tangível de êxito a qual foi perdida por atuação indevida do procurador da causa. Trata-se muito mais do que apenas a "perda de um prazo ou interposição de recurso", como descrito "*ut supra"*, é preciso que os requisitos para seu enquadramento sejam reais e sérios, como tratado no tópico 3 deste estudo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de todo o exposto, resta esclarecido os requisitos de aplicação da teoria francesa *perde d'une chance*, quais sejam: conduta antijurídica de terceiro, dano eventual, nexo de causalidade e perda de oportunidade futura certa e real. Nesse prisma, a vítima é indenizada por ação ou omissão de outrem, exigindo-se mais do que apenas uma chance perdida e um dano eventual, mas também a constatação de extrema probabilidade de chance futura e certa, a qual foi interrompida.

Insta salientar, a necessidade de constatação do nexo de causalidade entre a atuação ilícita de terceiro e o prejuízo causado, visto que este último não pode ter se configurado de forma indireta. A indenização, por sua vez, é aplicada conforme a extensão do dano causado e não enseja a reparação integral da vantagem perdida, em consonância do entendimento utilizado pelo primeiro acordão julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em recurso especial nº 788.459/BA pela Quarta Turma, com relatoria do Exmº. Ministro Fernando Gonçalves, pois ao abranger a totalidade do prêmio perdido o dano se confundiria com os lucros cessantes, o qual é futuro e certo.

Nessa vereda, observa-se que a teoria da perda de uma chance vem sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos casos em que se vislumbra os requisitos essenciais para sua caracterização anteriormente mencionados. Assim, constata-se também a admissão do enquadramento desta teoria no que tange a responsabilidade civil dos advogados sempre em conformidade com a análise do caso concreto.

Foi evidenciado, portanto, o caráter constitucional da advocacia, além dos princípios intrínsecos da atuação destes profissionais a fim de garantir o Estado Democrático de Direito e acesso à justiça. Assim, somente será aplicada a responsabilidade civil destes profissionais liberais quando restar demonstrado a sua

ISSNe 2595-1602

negligência, imprudência, imperícia ou dolo, configurando sua responsabilidade subjetiva como, por exemplo, nas situações de não ajuizamento da demanda dentro do prazo prescricional e decadencial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

GONDIM, G. G. **Responsabilidade Civil: Teoria da perda de uma chance.** Acesso em 15 de maio de 2019. Disponível em: researchgate.net: <https://www.researchgate.net/publication/331170877_RESPONSABILIDADE_CIVIL_Teoria_da_Perda_de_uma_Chance>.

GAGLIANO, P. Stolze; FILHO, R. Pamplona. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.254.141-PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013. Acesso em 15 de maio de 2019. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RESP+1254141+%2F+PR&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1104665/RS. Parte Litigante Antônio Marques Cláudio Castilho, Relator Ministro Massami Uyeda, 04/08/2008. Acesso em 15 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=RESP+1104665%2FRS&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788.459/BA. Parte Litigante Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 08/11/2005. Acesso em 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=RESP+788459+BA&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº REsp 1.190.180/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010. Acesso em 15 de maio de 2019. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

ISSNe 2595-1602

A TEORIA DA IMPREVISÃO NO AGRONEGÓCIO BRASILEIRO: APLICABILIDADE NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL

Adilson José Domingos Filho[1]

Jessica Bastos Coelho[2]

Givago Dias Mendes[3]

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo principal analisar a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de Arrendamento Rural. Para isso, parte-se de breve análise acerca da atividade agronegocial e seus desdobramentos jurídicos e econômicos. Ato contínuo, expõe-se o Arrendamento Rural e seus atributos e, em paralelo, os mecanismos da teoria da imprevisão no direito brasileiro para, assim, discutir acerca da aplicação desse instituto nos contratos agrários. Conclui-se que é possível a aplicação da teoria da imprevisão, a fim de revisar ou resolver tais contratos, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo Código Civil brasileiro. Contudo, há que se analisar com critério o requisito da imprevisibilidade ou extraordinariedade, excluindo da teoria da imprevisão os fatos e acontecimentos que dizem respeito à própria atividade do produtor rural e seus riscos, que por ele são assumidos. Utiliza-se como método a análise de legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Civil. Contratos no Agronegócio. Teoria da Imprevisão. Arrendamento rural.

ISSNe 2595-1602

[1] FILHO, Adilson José Domingos. Graduando do Terceiro Termo de Bacharelado em Direito da AJES-Faculdade do Vale do Juruena- Juína/MT. E-mail: adilsonjosedomingosfilho@gmail.com

[2] COELHO, Jessica Bastos. Graduanda do Terceiro Termo de Bacharelado em Direito da AJES-Faculdade do Vale do Juruena- Juína/MT. E-mail: jessica.bastos7374@gmail.com

[3] MENDES, Givago Dias. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória, Advogado, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Elpídio Donizetti e Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Milton Campos – MG, Docente da Universidade Ajes - Faculdade do Vale do Juruena – Juína/Mato Grosso. E-mail: givago@ajes.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O agronegócio é, certamente, atividade econômica das mais importantes no contexto brasileiro e mundial. Nesse sentido, a produção de alimentos é um desafio do mundo globalizado, da nossa geração e das futuras.

Dentre as atividades agronegociais exercidas, no Brasil, destaca-se a criação de bovinos, sendo, ainda hoje, uma das atividades que gera grandes movimentos internos e externos na economia do país, que ficou em primeiro lugar no ranking mundial de produção interna da pecuária, em 2019, enquanto em âmbito nacional, a colocação é dada à região centro-oeste, Mato Grosso. Há vastas áreas territoriais destinadas para criação desses semoventes, tendo então cerca de 158,6 milhões de hectares[1] de toda a área nacional com pastagens, o principal elemento para realização dessa atividade econômica.

Observa-se uma grande quantidade de criadores de bovinos, porém, nem sempre estes possuem propriedades que suportem o seu rebanho. Surge como meio alternativo para os que desejam empreender, mas não possuem propriedade rural, pois o custo de aquisição é alto. Destacam-se, assim, o Arrendamento Rural e Parceria Rural, regulados na legislação brasileira. Tais contratos foram concebidos no contexto de proteção do pequeno produtor rural e tem como finalidade promover a democratização do uso da terra, cumprimento da função social da propriedade e estimular o crescimento do agronegócio brasileiro.

Dentro dessas realizações do contrato agrário, por meio do Arrendamento Rural ou parceria, uma parte se vincula perante a outra, a obrigatoriedade de ceder por tempo determinado ou não, o uso de seu imóvel rural, para nele exercer atividades especificas como a própria pecuária. Havendo entre as formas apresentadas, requisitos diferenciados para sua tipificação, obedecendo sua função prevista em lei. Computam-se grandes riscos próprios da natureza do objeto envolvido dentro do meio negocial, como são os casos das doenças pela ausência do devido cuidado de sanidade animal, perdas no transporte, entre outros previsíveis no momento da realização do ato jurídico, mas nos últimos tempos, fatores climáticos, podem vir a obstruir a base econômica estabelecida no contrato.

Em paralelo, o direito brasileiro prevê a possibilidade de revisão dos contratos de execução continuada e diferida quando, diante de acontecimentos imprevisíveis, o equilíbrio contratual for alterado. Neste contexto, emerge a principal questão a ser analisada pelo presente trabalho aplica-se a teoria da imprevisão aos contratos de Arrendamento Rural? O que se compreenderia como fato extraordinário e imprevisível aptos a revisarem ou resolverem tais contratos?

Parte-se da hipótese que se aplica tal teoria, contudo, os requisitos devem ser analisados com critério, a fim de que se mantenha a eficácia econômica, assim como a jurídica, de tais contratos. Em específico, deve-se analisar com critério o requisito de extraordinariedade e imprevisibilidade do acontecimento, em paralelo aos riscos do negócio assumidos pelo produtor rural.

Para isso, parte-se, no primeiro capítulo, de noções introdutórias acerca do agronegócio e da agricultura, bem como os contratos agrários. Depois, passa-se ao

ISSNe 2595-1602

estudo do Arrendamento Rural, suas características, direitos e deveres das partes, finalidade, preço e pagamento, bem como distinção em relação aos outros contratos agrários. Prosseguindo, no terceiro capítulo, há o estudo da teoria da imprevisão e seus mecanismos no direito brasileiro e, por fim, passa-se a sua aplicação ao contrato de arrendamento rural, analisando, sobretudo, o que é risco do negócio e o que seria fator imprevisível.

Utiliza-se como mecanismo de pesquisa a análise de doutrina, legislação e jurisprudência. Ressalta-se que os autores possuem experiência prática com a atividade rural e com arrendamento rural, notadamente de bovinos, exercidos no Estado do Mato Grosso – BR (maior produtor de carne do Brasil). Por fim, têm-se as conclusões.

2. AGRONEGÓCIO

2.1 DO SURGIMENTO DA AGRICULTURA AO AGRONEGÓCIO

O uso e cultivo da terra é algo relativamente recente na história da humanidade. Os primeiros humanos, apontam a ciência, eram nômades e extraiam o que a própria terra lhes oferecia. Porém, por observar que determinados animais podiam ser domesticados e plantas cultivadas, foram se fixando em áreas férteis. Nesse sentido, informa Renato Buranello, “os primeiros registros de áreas agrícolas foram localizados em vales dos rios Nilo, no Egito, Eufrates e Tigre, na Mesopotâmia, onde hoje se situa o Iraque, e Azul e Amarelo, na China”[2]. Tem-se a partir deste marco, o início da atividade agrícola. Cada localidade possuía, então, seu cultivo específico, por motivos de adequação ao clima; a troca dos produtos se dava por meio das feiras, ajudando na diversificação e expansão das formas de agropecuária. Todavia, tratava-se de mecanismos comerciais, ainda, muito rudimentares. Esses mecanismos de produção e troca de excedentes perduraram por séculos, mantendo-se sua estrutura básica.

Na transição para a Idade Média (aproximadamente no século V), verificou-se a centralização de propriedades e a produção própria, que por sua vez, gerou o autossustento dentro de uma mesma cadeia de produção dos feudos. Com o fim da Idade Média e formação dos estados nacionais europeus (aproximadamente no século XIV), inaugurou-se o processo de colonização. No Brasil, colonizado a partir de 1500, teve-se como a primeira matéria prima extraída e de grande fim econômico da colônia, o pau brasil. Após sua desvalorização, outros produtos foram ganhando relevância, como a cana de açúcar, o café e a borracha (extraída da Amazônia).

Com o passar do tempo, aliado ao desenvolvimento tecnológico, a atividade agrícola foi aperfeiçoada e incrementada, tornando-se altamente rentável e incorporando elementos tecnológicos e industriais. O Brasil se notabilizou como um país produtor de insumos (matéria-prima), posição que se mantém até o século XXI, figurando como uma das principais potências do agronegócio mundial. A propósito, a atividade agronegocial figura entre as principais atividades econômicas brasileiras, destacando-se como exportador de etanol, café, soja, carne bovina, suína, entre outros.

Desta feita, a atividade agrícola, que surgiu com a finalidade básica de sustento (e, apenas se possível, troca do excedente), ao incorporar elementos tecnológicos,

ISSNe 2595-1602

tornou-se verdadeira atividade econômica, que visa fins lucrativos e movimenta vultuosa quantia de capital ao redor do mundo globalizado. Este fenômeno tornou mais adequada a utilização do termo "agronegócio" do que agricultura. A propósito, o termo agronegócio surgiu nos Estados Unidos, na década de 70, a fim de justificar tal fenômeno, com ensina Renato Buranello:

> O processo de transformação da agricultura acompanhou a evolução do setor agrícola norte-americano. Nesse contexto, devido aos estudos dos professores da Universidade de Harvard, John Davis e Ray Goldberg, surgiu, em 1957, o termo agribusiness, que coloca a matriz insumo produto no centro dos negócios agrícolas, matriz está derivada da utilização de diversos processos produtivos e de serviços na nova realidade da agricultura. Segundo esses autores, agribusiness é: "... a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles[3]

A expressão, denominada em sua gênese "*agribusiness"* passou a ser utilizada, no Brasil, na década de 1980, já traduzida para o português. Nota-se, portanto, que a ideia de agronegócio abrange um sentindo não mais centralizado na autonomia de produção da propriedade, mais em todo o complexo da própria produção que vai desde a utilização da terra até o beneficiamento dos insumos, transporte dos produtos e sua chegada à mesa do consumidor.

2.2 RELEVÂNCIA DO AGRONEGÓCIO NO CONTEXTO BRASILEIRO E MUNDIAL ATUAL

O agronegócio é, sem dúvidas, a atividade econômica que mais movimenta recursos financeiros, no Brasil. O país está entre os maiores produtores mundiais de soja, café, carne (bovina e suína), cana de açúcar, etanol, entre diversos outros produtos. Comporta atividade de agricultura, pecuária e agroindustrial. O país é, atualmente, um dos maiores produtores mundiais de *commodities*. Destaca-se, igualmente, o grande potencial hídrico e de terra fértil (plantio), vasta extensão territorial e uma cultura populacional voltada ao ruralismo que o país possui, o que torna a atividade agronegocial um futuro promissor.

De acordo com dados governamentais, o Brasil fechou o PIB agropecuário, em valor corrente no 3º Trimestre de 2018, com cerca de R$ 248.842 milhões. Totalizando em Valor Bruto de Produção na safra 2019 cerca de R$ 564,32 Bilhões, em que o montante de R$ 372,07 bilhões corresponde à agricultura, enquanto R$ 192,24 bilhões a própria atividade da pecuária. O valor total da pecuária é de R$ 78.543.266.071, correspondente a bovinos, ocupando o 1º lugar do ranking de nacional da produção pecuária. Com cerca de 214.899.796 cabeças de gado, no rebanho brasileiro, ocupando segundo o (IBGE) um total de 158,6 milhões de hectares, ou seja, 18,6% do território nacional com pastagens, dado que estas são a matéria primordial na atividade pecuarista. Além de colocar o Brasil como o 1º na exportação de carne bovina para o mercado mundial[4].

Os dados apontados acima demonstram o quanto a atividade agropecuária é relevante à economia brasileira e mundial (já que o Brasil é grande exportador deste produto). Nessa linha, o maior produtor da safra total nacional é o estado de Mato

ISSNe 2595-1602

Grosso (localidade da qual escrevem os autores deste trabalho), ocupando a primeira posição nessa esfera, com R$ 82,8 bilhões, no ano de 2019.

Desta forma, salta aos olhos a importância social, econômica e jurídica da atividade aqui em comento. Contudo, o acesso à terra é caro, e nem todos os produtores possuem seus próprios imóveis, utilizando-se de imóveis de terceiros para a produção. Tais práticas se dão por meio de negócios jurídicos (contratos), notadamente o arrendamento do imóvel rural (denominado popularmente arrendamento de pasto) e a parceria rural, ambos tratados no Estatuto da Terra e regulamentado no Decreto Lei nº59.566/66. Tais contratos são, portanto, de grande relevância econômica, uma vez que promovem a utilização da terra aos pequenos produtores, gerando empregos, renda e produtos. Promovem, portanto, a democratização do agronegócio, antes exclusividade dos grandes produtores e latifundiários.

Há que se ressaltar, ainda, que agronegócio é *expressão econômica*, que abrange diversas áreas do direito, tais como Direito Empresarial/Comercial, Tributário, do Trabalho, Constitucional, Indigenista, Contratual. Ademais, existe notável distinção entre agronegócio e direito agrário. Enquanto o agronegócio é atividade econômica que comporta uma série de fatos, o Direito Agrário diz respeito, exclusivamente, ao uso da propriedade rural (contratos que tratam da utilização da terra, desapropriação, usucapião, entre outros). Direito Agrário é, portanto, termo específico e restrito à utilização da propriedade rural.

Vale mencionar que o Direito Agrário é tido pela doutrina majoritária como ramo do Direito Público; apresenta como principal característica a proteção do pequeno produtor rural, hipossuficiente. O agronegócio, por sua vez, quase sempre gozará de regime jurídico privado, guiado pela igualdade entre negociantes e sujeitos de direito, sendo atividade econômica que é. Pode-se afirmar, portanto, que o Direito Agrário está contido no agronegócio, pois o uso da propriedade rural, também, faz parte dessa atividade econômica, que, por sua vez, é ampla e abrange outra série de segmentos.

Nessa linha, o presente trabalho se propõe a analisar o contrato de Arrendamento Rural, um contrato de Direito Agrário típico, regulado pelos diplomas normativos brasileiros Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) e regulamentado no Decreto Lei nº59.566/66, em específico os impactos da aplicação da teoria de imprevisão nos respectivos negócios jurídicos.

3. ARRENDAMENTO RURAL

Os contratos agrários caracterizados, no Brasil, pela utilização da propriedade rural, foram pela primeira vez regulados pelo ordenamento jurídico brasileiro no século XX, tendo como características a proteção do pequeno produtor rural e a finalidade de dar aos imóveis rurais utilidade social e econômica, democratizando a produção rural. Foram, portanto, calcados no princípio da Função Social da Propriedade[5]. Destacam-se nesse processo legislativo a Lei nº 11.170 de 1911, resultado de um movimento social organizado por colonos que buscavam valores menores para o arrendamento das propriedades rurais. Tal diploma limitou valores e prazos em benefícios dos pequenos produtores. Pode-se observar, também, as Leis

ISSNe 2595-1602

11.627/1932 em que se abrange a totalidade de classes agrárias de exploração e a Lei nº 12.771, na qual há interferência na livre iniciativa, criando-se comissões partidárias para essas atividades, além de seu devido registro.

Este processo surgido no início do século XX, no Brasil, culminou na elaboração do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) que previu duas principais modalidades de contratos agrários: Arrendamento Rural (ou arrendamento de pasto) e Parceria Rural. Cabe, na linha proposta pelo presente trabalho, a análise sobre o Arrendamento Rural, praticado, principalmente, na atividade de pecuária bovina e plantio de soja e café no ambiente brasileiro.

3.1 LINHAS GERAIS

O Arrendamento Rural foi introduzido, pela primeira vez, a um ordenamento por meio do título de *locação de prédios rústicos*, além de ser utilizado na disposição da locação de coisas e prédios, no Código Civil Brasileiro de 1916. Como mencionado alhures, foi tratado de maneira definitiva pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), em seus Artigos 95º e seguintes e regulamentado, posteriormente, pelo Decreto Lei nº 59.566/66, que praticamente, repete os dispositivos e a estrutura constantes no Estatuto da Terra, com poucas inovações.

Trata-se, portanto, o Arrendamento Rural da locação de imóveis rurais, também denominados prédios rústicos. A Definição de prédio rústico, foi dada pelo Estatuto da Terra, *Art*. 4º:

> Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:
> I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;[6]

Nessa linha, são os imóveis rurais aqueles que se encontram fora do perímetro urbano, distante das cidades (critério especial). Igualmente, se mostram como imóveis rurais aqueles nos quais se exerce atividade rural (critério finalístico). Para fins dos contratos agrários, ambos os critérios se aplicam.

Tem-se, portanto, como contrato de Arrendamento Rural, ou arrendamento de pasto, aquele que diz respeito ao uso e gozo de imóvel rural mediante o pagamento de preço fixo (aluguel). Apresentam-se como sujeitos o arrendador (proprietário do imóvel rural) e arrendatário (pequeno produtor rural) e tem como principal característica a proteção do pequeno produtor rural, consubstanciada nos limites de prazo, preço, nas cláusulas obrigatórias e na nulidade de dispositivos que prejudiquem o arrendatário, considerado hipossuficiente nesse negócio.

Essa forma de desfrutar da propriedade de outrem, além de tudo é uma espécie contratual, observando-se em seu interior a sujeição de uma das partes quanto obrigação de ceder o imóvel perante a outra envolvida, por tempo que pode ser determinado ou não necessariamente para sua classificação, além do uso e gozo do mesmo. Os envolvidos estão sujeitos as mesmas formas de obediência que se encontram dentro das relações civis, em geral, ou aos próprios atos jurídicos,

ISSNe 2595-1602

existência validade e eficácia. Com a possibilidade de o contrato se fazer de forma verbal ou escrita.

Vale mencionar acerca dos direitos e deveres dos contratantes no Arrendamento Rural, que se assemelham ao contrato de locação predial urbana, regulados no Código Civil brasileiro. São deveres do arrendatário pagar o preço pontualmente, pelo modo, nos prazos e locais ajustados; deve utilizar o imóvel como se seu fosse, conservá-lo e exercer nele tão somente a atividade autorizada no contrato. Deve, também, preservar o meio ambiente do local, responsabilizando-se por ilícitos ambientais que ali ocorrerem.

São, por sua vez, direitos do arrendatário o de possuir a terra, e de nela cultivar. No que tange às benfeitorias, menciona-se o artigo 25º do Decreto Lei nº 59.566, cuja previsão é de que ao término do contrato, terá o arrendatário direito às benfeitorias necessárias e úteis e as voluptuárias, apenas se houver autorização do proprietário para sua construção. Trata-se de direito indisponível, ante a hipossuficiência do produtor rural, sendo nula de pleno direito cláusula contratual que prevê em sentido contrário.

Por sua vez, têm-se como deveres do arrendador: o de entregar ao arrendatário o imóvel rural objeto do contrato, na data estabelecida ou segundo os usos e costumes da região; II - a garantir ao arrendatário o uso e gozo do imóvel arrendado, durante todo o prazo do contrato (Artigo 92º, § 1º do Estatuto da Terra); fazer no imóvel, durante a vigência do contrato, as obras e reparos necessários; pagar as taxas, impostos, foros e toda e qualquer contribuição que incida ou venha incidir sobre o imóvel rural arrendado, se de outro modo não houver convencionado.

Conforme supramencionado, o preço pago pela utilização da terra se denomina aluguel. Prevê o Art. 92º, §7º do Estatuto da Terra e o 13º do Decreto Lei, que o preço pode ser pago em dinheiro ou em produtos, nos parâmetros mínimos fixados nos respectivos dispositivos legais. Assim, não poderá o arrendador exigir produtos com base em preços inferiores aos de mercado. A base para o cálculo do preço se encontra no Art.95º, XII do Estatuto da Terra e Art.17º, §1 do DL-> O preço anual do arrendamento é limitado a 15% do valor cadastral do imóvel e das benfeitorias nele localizadas, somadas.

Já no que diz respeito ao prazo, o contrato de arrendamento pode ser por prazo determinado ou não. Contudo, mesmo sendo por prazo indeterminado, há que se respeitar o prazo mínimo de 3 anos. Além disso, mesmo vencido o lapso temporal, o contrato só terminará após a última colheita (Art.21º, DL e 95 do Estatuto).

Assim, o arrendatário tem o direito de permanecer no imóvel ocupado até o fim da colheita. Finda esta, o contrato se encerra de pleno direito e independentemente de notificação ou aviso, cabendo ao locatário restituir o imóvel, sob pena de ação de despejo (Art.32º, I, DL).

Vale lembrar que eventual atraso voluntário da colheita pelo arrendatário, apenas para continuar no imóvel, constitui em violação ao princípio da boa-fé objetiva, o que poderá gerar o término imediato do contrato, bem como seu inadimplemento culposo.

ISSNe 2595-1602

O contrato de arrendamento poderá ser renovado, obedecendo a prioridade do arrendatário sobre a propriedade, sendo que este deverá ser notificado de forma extrajudicial pelo proprietário dentro do prazo de 6 (seis) meses com nova proposta, sem este, a renovação será automática, desde que não haja por parte do arrendador a notificação de desistência no prazo de 30 (trinta) dias seguintes, Art. 22º DL.

Além dos vários requisitos já apresentados, há ainda o que concerne sobre os direitos e deveres de ambas as partes entrelaçadas no negócio, encontrando-se dispostos no Art. *95º, V,* Estatuto da Terra.

Já relativo a extinção observa-se no Decreto Lei o Art. 26º:

> Art. 26º. O arrendamento se extingue:
> I - Pelo término do prazo do contrato e do de sua renovação;
> II - Pela retomada;
> III - Pela aquisição da gleba arrendada, pelo arrendatário;
> IV - Pelo distrato ou rescisão do contrato;
> V - Pela resolução ou extinção do direito do arrendador;
> VI - Por motivo de fôr maior, que impossibilite a execução do contrato;
> VII - Por sentença judicial irrecorrível;
> VIII - Pela perda do imóvel rural;
> IX - Pela desapropriação, parcial ou total, do imóvel rural;
> X - por qualquer outra causa prevista em lei.
> Parágrafo único. Nos casos em que o arrendatário é o conjunto familiar, a morte do seu chefe não é causa de extinção do contrato, havendo naquele conjunto outra pessoa devidamente qualificada que prossiga na execução do mesmo.

ISSNe 2595-1602

Há, ainda, regulamentação no que tange sobre o subarrendamento ou sublocação, em que não poderá o arrendatário subarrendar a propriedade sem o consentimento expresso do arrendador, conforme o decreto regulamentador em seu Art. 31º.

Verifica-se, portanto, a importância social, jurídica e econômica que o contrato de Arrendamento Rural apresenta no contexto do agronegócio brasileiro, uma vez que possibilita a produção por aquele que não possui terra (pequeno produtor), a utilização da propriedade ociosa, geração de emprego, renda, tributos e desenvolvimento econômico, consolidando a ideia trazida pelo princípio da Função Social da Propriedade.

3.2 ARRENDAMENTO RURAL X PARCERIA RURAL

Arrendamento é locação. O Arrendamento Rural tem sido definido como a cessão onerosa do uso e gozo de imóvel rural e não de urbano, como é na locação urbana, integralmente ou não, com a finalidade de exploração agrícola, pecuária, agroindústria, extrativa ou mista, mediante retribuição ou aluguel, sendo observados os limites percentuais da Lei n.º 4.504/64. Difere-se da parceria, pois nele apenas o arrendatário assume os riscos da produção e colheita do imóvel rural. O preço é pago pela utilização da terra, quer ela produza, quer não produza.

Já a Parceria Rural, segundo o Art.4º do Decreto Lei n.º 59.566/66[7], é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou

não, o uso especifico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; a entrega ou não de animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (Artigo 96º, VI do Estatuto da Terra).

Nota-se que na parceria é possível observar que dentro desta há o ato de ceder de uma parte a outra, o uso específico de imóvel rural, sendo este em sua totalidade ou parcialmente, com ou sem benfeitorias, entre outras que venham facilitar seu uso, pela finalidade desenvolvida da atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista. Ou ainda quando houver a entrega de animais para a própria cria, recria, engorda, invernagem ou extração de matéria prima de origem animal. Nesse tipo de ação negocial, há uma semelha com as realizações de contratos de sociedade civil, em que ambos assumem os riscos, derivados de caso fortuito e de força maior, relativos a qualidade e quantidade, ou mesmo sobre as variações no preço dos frutos. Os sujeitos se classificam como parceiro outorgante, ou seja, proprietário do imóvel e parceiro outorgado, referente ao possuidor.

Dentro da partilha dos riscos inerentes ao próprio negócio realizado e de seus frutos e produtos ou os lucros, é indispensável observar as porcentagens limitadas no dispositivo legal Art. 96ª, VI do Estatuto da Terra. Os preços que serão pagos por meio de produção variam entre 10% e 75%, sendo respectivamente relativo a como a terra se encontra no momento em que se afirmar a vontade da parceria, encontrando-se nua, corresponderá a 10%; se houver moradia e já se encontrar preparada 20%; será de 30%, quando já houver benfeitorias básicas como casa, cercas, galpões, entre outras; 50% caso além das benfeitorias básicas, haja, também, implementos e maquinários vinculados ao objeto que se busca produzir, e em caso de parceria pecuária, com animais diretamente de cria, em proporcionais a 50%; e, por fim, 75%, nos casos de pecuária ultra extensiva, sendo que animais de cria ultrapassem 25%, adotando a menção do leite e a comissão de 5% por animal vendido. Além dos custeios que poderão ser reavidos pelo parceiro outorgante, referente ao valor dos insumos. Não podendo estipular o valor acima do limite legal, pois se trata cláusula de ordem pública.

Quanto aos direitos e deveres do parceiro outorgante se encontram a entrega do imóvel e a garantia de seu uso e gozo durante o prazo se estabelecido, como também a possibilidade de residir com sua família na propriedade, com área suficiente para criação e plantios que garantam seu sustento, Art. 48º, §1º, disposto no Decreto Lei regulamentador. Já os direitos e deveres recaídos ao parceiro outorgado estão: prestar esforços para a realização e obtenção do máximo possível dos frutos desejados, arcar com as despesas, além de entregar o que foi convencionado, observando a cota que lhe foi destinada, obedecendo data, hora e local, juntamente com as benfeitorias úteis e necessárias. A parceria como o arrendamento rural tem por prazo, quando não determinado 3 (três) anos conforme Art. 37º, Decreto Lei nº 59.566/66.

ISSNe 2595-1602

3.3 PAGAMENTO DO PREÇO EM FRUTOS OU EM DINHEIRO NO ARRENDAMENTO RURAL

Conforme já mencionado, o pagamento do Arrendamento Rural pode ser realizado em dinheiro ou frutos, tais como cria de animais ou colheita de grãos, por exemplo. É muito comum o estabelecimento de pagamento em cria de bovinos (bezerros). Cabem aos contratantes a determinação da escolha da modalidade de prestação (frutos ou dinheiro), bem como dos frutos em específico. Não havendo estipulação contratual, presume-se que a escolha caberá ao devedor, conforme disposição geral no Código Civil brasileiro. Há que se observar, neste sentido, o preço de mercado dos frutos, a fim de que o proprietário da terra não prejudique o produtor rural em razão de sua vantagem econômica.

Nessa linha, destaca-se previsão do Artigo 18º do Decreto Lei nº 59.566/66, *in verbis:*

> O preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, mas o seu pagamento pode ser ajustado que se faça em dinheiro ou em quantidade de frutos cujo preço corrente no mercado local, nunca inferior ao preço mínimo oficial, equivalha ao do aluguel, à época da liquidação.[8]

Ademais, encontra-se a seguinte limitação sob qualquer das formas utilizadas no pagamento do arrendamento, não podendo ser maior do que 15% do valor cadastral do imóvel, juntamente com as benfeitorias que neste se abrangem, salvo se se apresentar de maneira parcial, ainda se reincidir em glebas com fim de exploração extensiva e altamente rentável, possibilitando, assim, ir até o limite de 30% (trinta por cento), segundo o Art. 95º, XII, da Lei n º 4.504/64.

Todavia, o pagamento em frutos por vezes pode gerar controvérsias entre os contratantes, sobretudo quanto à natureza e à qualidade dos frutos, momento da escolha e obediência dos deveres de boa-fé objetiva por parte dos contratantes.

Por outro lado, questão relevante que surge é acerca da aplicação da teoria da imprevisão ao contrato de arrendamento rural, uma vez que, sobretudo na cria de animais (pecuária bovina), são comuns as perdas de animais por fatores imprevistos, tais como raios, chuvas, ataque de predadores (onças, principalmente). Questiona-se a possibilidade do arrendatário se eximir do pagamento total, ou mesmo da revisão e resolução do contrato sob o argumento de fatores imprevistos e extraordinários. É o que se examina nos tópicos a seguir.

4. TEORIA DA IMPREVISÃO:

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A teoria da imprevisão tem sua dogmática intrinsicamente ligada ao pacta sunt servanda (princípio da obrigatoriedade), caracterizando-se como uma exceção a ele. Assim, já se encontravam, indiretamente, resquícios de sua existência na Lei nº 48 do Código de Hammurabi, em relação às colheitas:

> Se alguém tem um debito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não

ISSNe 2595-1602

> devera nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.[9]

Nessa linha, ao estudar a evolução do direito brasileiro, se observa as vastas modificações ocorridas ao longo dos anos, neste caso, estudaremos a mudança da obrigatoriedade absoluta dos contratos, principalmente em relação a situações que sobrevierem à ocorrência de fatos imprevistos.

Em Roma, durante o período da idade média, os contratos eram estabelecidos de acordo com os costumes e, principalmente, com a utilização da cláusula Rebus Sic Standibus, originada no direito canônico, tendo por conceito que o contrato somente seria exigível se as condições econômicas do tempo de sua execução fossem semelhantes às do tempo de sua celebração. Posteriormente, advindo a Revolução Francesa, surgiu o estado liberal. Durante esse período, foi a força obrigatória ou mais conhecida como pacta sunt servanda que regulava os contratos, por meio dos princípios clássicos, ocasionando o desuso da cláusula rebus sic standibus. Porém na primeira metade do século XX, surgiu o Estado Social, resultante da Primeira Guerra Mundial, em que a vida da maioria das pessoas e as relações contratuais, principalmente as firmadas a preço fixo, foram afetadas, estabelecendo-se a teoria da imprevisão, juntamente com a cláusula rebus sic standibus, com intuito de resolver os contratos que se tornarem onerosos de demais.

Menciona-se que a França fora, anteriormente, conhecida como um dos Estados mais preservadores do Pacta sunt Servanda. No entanto, ao estabelecer o reconhecimento da teoria da imprevisão causou grande euforia entre a Corte de Cassação e o Conselho de Estado Francês, pois a primeira não aceitava que as regras da força obrigatória dos contratos fossem modificadas. Mas por sua vez, o Conselho de Estado Francês consolidou o princípio que assegurava o não cumprimento de contrato, quando este se tornara oneroso demais por consequência de fato imprevisível. Foi, então, na França editada a primeira lei que regulamentava tal teoria, sendo a Lei Falliot[10], de 21 de maio de 1918.

Constata-se, portanto, que a teoria da imprevisão esta umbilicalmente ligada à boa-fé objetiva, uma vez que na ocorrência das partes contratantes estabelecerem um contrato inicialmente favorável a ambos, fica notoriamente claro que não há vontade de obstruir lucros um do outro. Porém, se durante o período corrido do contrato algo inesperado sobrevier a perda da base econômica do contrato, ficará sujeito à resolução ou revisão do objeto Prestacional[11], para que não haja prejuízos desfavoráveis diante de ambas as partes, ou apenas uma, residindo no contrato, então, o bem comum, instituto utilizado pelo princípio da função social dos contratos.

4.2 PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A base legal dos Artigos 478º e 317º do Código Civil brasileiro, que se referem à teoria da imprevisão, está na ocorrência de desiquilíbrios imprevisíveis na base econômica, sem que seja atribuído a uma das partes, causando onerosidade excessiva para uma delas, dificultando a execução do contrato, será possibilitada a resolução ou revisão do mesmo. Dentro do contexto pesquisado, encontram-se os casos em que ocorre a morte, ou seja, perda total ou parcial dos semoventes dentro

ISSNe 2595-1602

do arrendamento advindos de um fator externo, como o fato das descargas elétricas naturais (raios), onde, assim, o fato foi totalmente imprevisível diante da realização do negócio.

Subclassificando a teoria da imprevisão nada mais é do que uma forma de equilibrar a eficácia das cláusulas contratuais, sendo viável principalmente aos contratos de médio ou longo prazo, caracterizados como contratos de execução continuada ou de trato sucessivo, como também os de execução diferida por terem caráter futuro, havendo a possibilidade de ocorrer fato imprevisto. Principalmente, quando a coisa estabelecida em contrato que será utilizada como forma de pagamento, ainda não existe.

Art. 478º e 317º do Código Civil brasileiro de 2002 dispõe, especificamente, sobre a matéria**:**

> Art. 478º "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."
>
> Art. 317º "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação[12].

Desta feita, conforme previsão legal supracitada, permite-se a revisão de determinadas cláusulas contratuais ou mesmo a resolução (extinção) do contrato quando preenchidos os requisitos de aplicabilidade da teoria da imprevisão, desobrigando os contratantes ou revisando suas obrigações, relativizando o princípio milenar do *pacta sunt servanda* ou da obrigatoriedade dos contratos.

ISSNe 2595-1602

4.3 REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

Para a revisão ou resolução do contrato atingido pela teoria de imprevisão é indispensável que se preencham os requisitos legais de aplicação da respectiva teoria. São eles: a superveniência de um acontecimento extraordinário e imprevisível, a alteração da base econômica objetiva do contrato, a onerosidade excessiva, como também a relação contratual a ser de execução diferida ou continuada.

Tem-se como acontecimento extraordinário e imprevisível fato geral, alheio à esfera dos contratantes e da atividade econômica exercida no contrato. Fato incomum, que, inesperadamente, modifique a realidade inicial do contrato. Pode-se tomar como exemplos guerras ou catástrofes naturais. Logo, o acontecimento extraordinário e imprevisível se caracteriza pela necessidade de ocorrer durante o período do contrato fato imprevisto que não poderia ter tido conhecimento do risco inerente aquele tipo de negociação, que foi firmado pelas partes contratantes. Sendo indispensável a observância do contrato ter caráter futuro, ou seja, execução diferida ou continuada.

Já na alteração da base econômica objetiva do contrato**,** o fato imprevisto faz com que se perda em todo ou em parte sua a base econômica, impondo ambas, ou

apenas uma das partes onerosidade excessiva. Por fim, a onerosidade excessiva nada mais é do que a relação dos itens anteriormente apresentados, que irá influenciar no adimplemento contratual.

Presentes os respectivos requisitos, permite-se a revisão e até mesmo a resolução do contrato. Importante ressaltar que, segundo o princípio da conservação do negócio jurídico, a revisão deve ser a prioridade, aplicada sempre que possível.

5 TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL

Da análise do contrato de Arrendamento Rural, verifica-se que determinados fatos podem gerar discussões acerca de sua caracterização como extraordinários ou imprevistos. A título de exemplo se pode mencionar, na cria de animais (principalmente bovinos), raios ou até mesmo ataque de predadores. Na região da Amazônia brasileira (que corta os estados do Mato Grosso, Amazônia e Pará), não são raros os ataques de onças ou mesmo morte de vários bovinos por raios.

Muito embora os fenômenos da natureza, tais como raios e tempestades, sejam notadamente imprevisíveis, o questionamento é se, no contexto da atividade agronegocial, tais fatos são inerentes ao “risco do negócio”. Dois posicionamentos, a princípio, emergem nestes casos: um pela possibilidade da revisão ou resolução de tais contratos ante o preenchimento dos requisitos; outro pela impossibilidade e obrigatoriedade aos contratantes de cumprir com o acordado.

A discussão passa pelo entendimento do que se trataria “fato extraordinário e imprevisível”. Entende-se que fato extraordinário é aquele alheio à atividade do contratante, tais como catástrofes naturais, terremotos, guerras, entre outros. Caso se trate de fato inerente à atividade agropecuária se entende pela impossibilidade de se aplicar a teoria da imprevisão, uma vez que se estará diante de risco do negócio do produtor rural. Nessa linha, pugna-se que ataque de predadores, doenças em animais ou pragas em plantações, ou mesmo raios quando ordinários (consequências de chuvas costumeiras) não podem ser considerados fatos imprevisíveis aptos a possibilitar a revisão ou resolução de tais contratos.

Portanto, mesmo diante do insucesso de sua empreitada negocial, deverá o produtor rural pagar o preço, em dinheiro ou produtos, suportando o ônus de tais infortúnios. Ademais, há que se considerar a natureza onerosa do Arrendamento Rural, sob o qual deverá o arrendatário pagar o preço fixo, independentemente de seu sucesso no empreendimento. Justamente nesse ponto que se difere o arrendamento rural da parceria rural. Em se tratando de arrendamento, o custo e os riscos da produção são do arrendatário.

Sendo que fatos não corriqueiros como já apresentados, venham ocasionar as mortes dos animais em contratos de arrendamento rural, ou também conhecido como aluguel, faz com que se preencha um dos requisitos necessários para aplicação desta cláusula, quanto sua caracterização de fatores extraordinários e imprevisíveis. Além de tornar o negócio oneroso para a parte do arrendante, na qual ele teria de cumprir com o pactuado no momento da negociação, obedecendo o princípio da obrigatoriedade, mas que por meio desta cláusula, permite sua relativização, sendo que sem esta, afetar-se-ia, diretamente, a base econômica do contexto vinculado ao

ISSNe 2595-1602

contrato. E, por fim, essa forma contratual sempre se dá na modalidade de execução diferida ou continuada, ou seja, o adimplemento se dá não em uma única parcela no momento da aceitação, mais sim no decorrer em um momento futuro e em longo prazo.

Por fim, em se tratando de fatos ou acontecimentos notadamente extraordinários, como desastres naturais (menciona-se o exemplo do rompimento da barragem de Mariana, em Minas Gerais, no Brasil, que poluiu grande parte dos recursos hídricos), ou mesmo terremotos, inundações incomuns ou fatos alheios ao risco do negócio do produtor, há que se considerar a possibilidade de revisar o preço ou mesmo resolver o contrato, nos moldes dos Artigos 317º e 478º do Código Civil.

Relembra-se, neste sentido, o contexto de proteção do produtor rural (arrendatário) em que se apresenta a legislação que regula as modalidades contratuais em comento. Contudo, há que se ter critério e rigor em eventual aplicação da teoria da imprevisão, sob pena de mitigar a segurança jurídica e a função econômica, tão importantes atreladas ao Arrendamento Rural.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo foi possível constatar que o surgimento da agricultura é fato relativamente recente na história da humanidade, e com o desenvolvimento tecnológico experimentado, a partir dos séculos XX e XXI, a agricultura deixou de ter como principal objetivo a subsistência, tornando-se verdadeira atividade econômica, com o principal objetivo de alcançar o lucro. A ideia de atividade agrícola, portanto, foi substituída pela ideia de agronegócio, que corresponde a todo o ciclo de plantio/criação, produção, beneficiamento, transporte e venda dos produtos. Isso é, desde o plantio até chegar à mesa do consumidor.

Igualmente, foi possível verificar que os contratos agrários são os que dizem respeito ao uso da propriedade rural (que está localizada em zona rural ou exerce atividade rural) e correspondem a um dos segmentos do agronegócio. No Brasil, são regulados pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) e pelo Decreto Lei nº 59.566/66. Dentre eles se destacam o Arrendamento Rural e a Parceria Rural. O primeiro é literalmente um aluguel da propriedade rural e se caracteriza pelo pagamento de preço fixo pelo arrendatário (produtor) ao proprietário da terra. Já a parceria se caracteriza pela partilha dos riscos e benefícios entre dono da terra e proprietário que nela realiza a atividade.

Em paralelo, investigou-se a teoria da imprevisão, fundada no preceito milenar da cláusula *rebus sic standibus,* trazida no contexto contemporâneo pelo Estado Social, notadamente no pós guerras no Século XX. No Brasil, foi consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e pelo Código Civil Brasileiro de 2002, em seus Artigos 317º e 478º.

Segundo a teoria da imprevisão, é possível revisar ou resolver um contrato quando, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o equilíbrio do contrato for alterado, tornando uma prestação extremamente onerosa para uma das partes. Tal ideia se funda nos princípios da boa-fé objetiva, da ordem pública e da

ISSNe 2595-1602

função social dos contratos, e flexibiliza a máxima do *pacta sunt servanda*, ou seja, da obrigatoriedade dos contratos.

O cerne do presente estudo consistiu na discussão acerca da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de Arrendamento Rural. O requisito de aplicação desta teoria que mais gera discussão é a imprevisibilidade do fato que gera desequilíbrio no contrato. A atividade agrícola é, por vezes, atingida por eventos da natureza ou fatores imprevistos. A questão é saber se o fato ocorrido se encontra dentre os riscos do negócio exercido pelo produtor rural ou esta alheio a ele. Entendeu-se que se tratando de eventos alheios à atividade agrícola, mostra-se possível aplicar a teoria da imprevisão; ao contrário, tratando-se de riscos da própria atividade, ainda que fortuitos ou imprevisíveis, por exemplo seca, doenças em animais, há que se restringir a aplicação desse instituto, sob pena de esvaziar a eficácia jurídica e econômica desses contratos, tão importantes para a produção de alimentos, geração de empregos e movimentação de recursos no contexto brasileiro e mundial.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Massilon J. FUNDAMENTOS DE AGRONEGÓCIOS. 2ª ed. São Paulo Editora Atlas S.A., 2007

BURANELLO, Renato 2018, Manual do direito do agronegócio, 2ª ed. edição, Saraiva, São Paulo, 2017.

BURANELLO, Renato Manual do direito do agronegócio / Renato Buranello. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 29 de maio de 2019.

CUNHA, Thadeu Andrade da. A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Rio de Janeiro, 1995.

Decreto que Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. DECRETO Nº 59.566, DE 14 DE NOVEMBRO DE 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm> Acesso em: 21 de maio de 2019.

Estatuto da Terra. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm> Acesso em: 22 de maio de 2019.

GAGLIANO. Pablo Stolze, FILHO. Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral /Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro.** 12 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ISSNe 2595-1602

ZYLBERSZTAJN, Decio. **Gestão de Sistemas de Agronegócios.** São Paulo: 2005.

NOTAS EXPLICATIVAS

[1]Agropecuária Brasileira em Números — Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Disponível em: <Http://www.agricultura.gov.br/assuntos/politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros> Acesso em: 22 de maio de 2019.
[2]BURANELLO, Renato 2018, Manual do direito do agronegócio, 2ª ed. edição, São Paulo, p. 21.
[3]BURANELLO, Renato 2018, Manual do direito do agronegócio, 2ª ed. edição, São Paulo, p. 30.
[4]Agropecuária Brasileira em Números-Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.
[5]Curso completo de direito agrário / Silvia C. B. Opitz, Oswaldo Opitz. São Paulo: Saraiva, 2017, p.467.
[6]ESTATUTO DA TERRA. LEI Nº 4.504, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm> Acesso em: 22 de maio de 2019.
[7]BRASIL, Decreto n. 59.556 (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.
[8]BRASIL, Decreto n. 59.556 (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm>. Acesso em: 01 jul. 2018.
[9]GAGLIANO. Pablo Stolze, FILHO. Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, V. 4, tomo I: contratos, teoria geral, p 603.
[10]CUNHA, Thadeu Andrade da. A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, p. 36.
[11]GAGLIANO. Pablo Stolze, FILHO. Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, V.4, tomo I: contratos, teoria geral.
[12]Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 29 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

TESTAMENTO VITAL: Uma Lacuna Normativa no Direito Sucessório Brasileiro

Maxuel Batista de Araújo[1]

ISSNe 2595-1602

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a lacuna normativa que se encontra no corpo do Código Civil, no que concerne ao “Testamento Vital”, instituto do Direito Sucessório. É fato inquestionável de que o direito, em casos específicos, não logra êxito em acompanhar as alterações pelas quais passa a sociedade. Desta forma, muito embora esse tema venha sendo amplamente discutido nos últimos anos nos campos da Medicina e da Ética, o direito brasileiro ainda não se preocupou em normatizar o referido Testamento Vital. O mesmo consiste numa diretiva do paciente, em casos de doenças terminais, que orienta seus herdeiros a lhe oferecerem o melhor tratamento de saúde até o seu falecimento. Desta forma, a presente pesquisa se propõe a analisar a possibilidade de inclusão de normas no ordenamento jurídico que regulamentem o instituto do Testamento Vital, a fim de que gerem uma maior segurança jurídica aos que fazem uso dele, ao se encontrarem nas condições específicas para a criação do referido testamento. Trata-se de trabalho teórico, realizado através da exploração bibliográfica e em pesquisa de artigos científicos, assim como em obras literárias, relacionados à problemática tratada.

Palavras-chave: Testamento, Normatização, Lacuna Normativa.

ABSTRACT

The present work intends to discuss the normative gap that is in the body of the Civil Code, as far as the "Vital Testament", institute of the Right Sucessório. It is an unquestionable fact that the law, in specific cases, does not succeed in keeping up with the changes that society is going through. Thus, although this topic has been widely discussed in recent years in the fields of Medicine and Ethics, Brazilian law has not yet bothered to standardize the aforesaid Living Will. The same consists of a patient's directive in cases of terminal illnesses that guides his heirs to offer him the best health treatment until his death. In this way, the present research proposes to analyze the possibility of including norms in the legal order that regulate the institute of the Vital Testament, in order to generate greater legal certainty to those who make

[1] Bacharel em Direito, Especialista em Direito Civil e Mestre em Ciências Sociais.
E-mail: maxjus@live.com

use of it, when they are in the specific conditions for The creation of said will. This is a theoretical work, carried out through the bibliographical exploration and research of scientific articles and literary works related to the problematic.

Keywords: Testament, Normatization, Normative Gap.

ISSNe 2595-1602

1. INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência social aplicada, dinâmica, que precisa, constantemente, de um parâmetro, de um pilar basilar que se traduz, pode-se dizer, na *normatização* .Embora o legislador sempre procure, de certa maneira, antever comportamentos e necessidades das sociedades e realizar, assim, a referida norma legal, contudo, há de se observar que fatos sociais novos sempre surgem, logo, o direito deve abarcar essas novidades, a ponto que se evite um vácuo jurídico.

O tema proposto aqui é algo recente na pátria legislação brasileira, uma vez que ainda permeiam algumas dúvidas e confusões sobre o real significado e objetivo do Testamento Vital. Por outro lado, considerando que as normas civis já existentes em nossa legislação não conferem ainda o suporte necessário para a utilização plena desse instituto jurídico, bem como se possa garantir maior segurança jurídica necessária aos cidadãos, que se encontram em estado terminal, auferindo maior respaldo legal nas relações sucessórias.

Observa-se que, no Brasil, ainda há necessidade de aprofundamento dos estudos e da realização de debates mais esclarecedores a respeito do Testamento Vital, tendo em vista que ainda não se há dados bem definidos acerca do tema. É importante destacar que a aceitação, no que diz respeito à elaboração do testamento vital, é diretamente proporcional ao tempo de doença. O paciente que se encontra em tratamento, há mais tempo, apresenta maior desejo de decidir sobre o seu processo de morrer. Por algum tempo, houve uma confusão se tal prática se confundiria com eutanásia, entretanto, após um debate no campo da Medicina e do Direito, chegou-se à conclusão de que seria, na verdade, um procedimento Ortotanásico.

Embora no arcabouço jurídico brasileiro não exista ainda uma lei especifica, clara e objetiva que trata sobre morte digna ou ainda sobre o Testamento Vital, destacam-se a *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações de Biologia e da Medicina (1996) e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, ambos documentos elaborados pela UNESCO, o que traz uma força mais pujante no que se acredita que deva prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e seu melhor interesse e conveniência do paciente, conforme com os parâmetros da razoabilidade.

No Brasil, depois da Constituição de 1988, observa-se, ainda, o forte rigor, clamor e crença ao direito à vida, direito de forma imperativa, impondo ao cidadão, mesmo não restando esperanças em tratamento e/ou curas para pessoas em “estado terminal”, que resistam obstinadamente à morte, muitas vezes, causando um sofrimento ao paciente. Ressalta-se que a ideia cultural e religiosa que o bem maior

ISSNe 2595-1602

do ser humano é a vida e somente “Deus” pode tirá-la, leva vários brasileiros a se convalescerem por anos num leito de hospital num sofrimento silencioso, uma vez que a ideia de aceitar o fim da vida e reconhecer a morte como algo natural e inerente ao ser humano, torna essa resistência algo forte à ideia do “direito de morrer com dignidade”.

Discutir esta temática resultou de análises e indagações, partindo do campo do Direito Sucessório Brasileiro e a relação no campo da Medicina no tocante às diretivas de vontade, almejando ampliar o debate e promover maiores esclarecimentos sobre a temática no âmbito do Direito Civil, que se verifica uma lacuna jurídica, que vem sendo preenchida de forma parcial por resoluções e orientações éticas do Conselho Federal de Medicina. O presente estudo justifica-se nas premissas: *Legal e Acadêmica*. No aspecto legal, se faz necessário discutir mecanismos no ordenamento jurídico que reconheça a diretiva de vontade do cidadão em momentos finais de sua existência terrena. De ordem acadêmica, verifica-se a necessidade de ampliar a produção científica, principalmente a potiguar, em torno da temática do Testamento Vital à luz do Direito Civil brasileiro e da Constituição sobre o Testamento Vital.

Para que se possa fazer uma investigação que venha contribuir para a possibilidade de uma nova visão de conhecimento da forma de tratar a questão das diretivas de vontade ou comumente chamada, Testamento Vital. Utilizou-se em um primeiro momento, fontes secundárias como livros, revistas e artigos, a fim de conhecer a literatura existente, isto é, uma pesquisa documental sobre o tema, bem como a definição do campo de pesquisa e dos instrumentos de trabalho. Em um segundo momento, há o confronto e análises documentais da bibliografia consultada, com novas formas e indícios de abordar essa questão, destacando um debate simples, didático e amplo que vise uma regulamentação e segurança jurídica.

ISSNe 2595-1602

2 POSITIVAÇÃO DO DIREITO E A SEGURANÇA JURÍDICA À MORTE DIGNA

As sociedades modernas, essencialmente as *ocidentais capitalistas,* possuem como pedra fundamental a ***norma jurídica*** positiva em forma de lei, sentença ou contrato, sendo, assim, uma solução viável na resolução de conflitos com um mínimo de perturbação social. A ideia de direito positivo significa que as normas jurídicas são criadas de um modo específico, em detrimento de outros.

O direito contemporâneo torna-se positivo, recentemente. Um marco dessa passagem é a Revolução Francesa, e o direito *pós Revolução* é um direito criado por força de decisões estatais (a lei e a sentença de modo direto; o contrato de modo indireto). Ele torna-se positivo, portanto. Cumpre notar que cada nova decisão que cria uma nova norma jurídica (positiva), para ser aceita, deve derivar de outras

decisões que criaram, previamente, outras normas jurídicas, as quais conferem autoridade para a nova criação.

Seguindo, ainda, as ideias gerais do jurista brasileiro, Técio Ferraz Junior (2003), ao discorrer sobre o *direito positivo*, demonstra que existe uma gama de implicações de decisões que são ditas para a *positivação* (escrituração/codificação com força coercitiva estatal) em forma de uma nova norma. Assim, para que um douto magistrado possa desenvolver uma sentença, antes já foram tomadas decisões que criaram as leis que lhe deram competência e fundamentos; tais leis, por outro lado, pressupõem outras decisões que criaram outras normas que possibilitaram sua existência.

O direito contemporâneo transforma-se na tecnologia que permite a produção das decisões que criam as normas jurídicas (leis, contratos e sentenças, para falar de modo geral). O direito convertido em tecnologia é estudado e manipulado por uma ciência diferente daquela que lidava com o direito em outras sociedades.

Observa-se, ainda, a normatização do fenômeno social e a preocupação inerente das ciências dogmáticas, que visam à resolução de problemas práticos e não, fundamentalmente, com a obtenção de um conhecimento verdadeiro sobre seu objeto. Já em relação à ciência do Direito, destaca-se que seu objetivo, portanto, não é filosófico ou meramente científico, mas concreto: *converter as normas existentes (decisões que já foram tomadas) em uma nova norma (decisão que será tomada), por meio de um processo que exige "peças" a serem também produzidas.*[2]

Dessa forma, seguindo esse raciocínio, a busca pela positivação, pela normatização e pela segurança jurídica torna necessária essa tríade para o bom funcionamento do direito e da justiça, uma vez que um determinado recorte social, de um fato social que necessite de apreciação judicial inaugurará um precedente e provocará uma necessidade de normatização, portanto, a busca pela positivação do direito à morte digna, traduzida aqui como o Testamento Vital no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas sociedades contemporâneas, para que suas normas possam ser referendadas e validadas, precisam do crivo da ampla maioria dos seus membros, sendo preciso, também, à observação e respeito de todos, uma vez que a norma traduziu e personificou um "sentimento universal de humanidade" sobre algo ou algum fato social.

[2] FERREIRA, Adriano. *Positivação do Direito e Ciência Dogmática.* Disponível em: http://introducaoaodireito.info/wp/?p=344 acesso em 03 mar 2019.

ISSNe 2595-1602

Numa tentativa que se possa levar a uma reflexão maior sobre o tema "vida versus morte", tem-se a bioética, entendida como "*um ramo do conhecimento que ajuda as pessoas a pensarem nas possíveis consequências dos avanços da ciência sobre a vida humana"* (SZLACHTA, 2015, p.2); por esse prisma, os profissionais das áreas da medicina e do direito, principalmente, podem ter um norte para suas ações, que realmente respeitem os desejos dos pacientes e os devidos procedimentos profissionais éticos e legais.

Os preceitos religiosos, as crenças e tradições, ainda, são bem arraigadas na sociedade brasileira; os avanços da ciência na medicina provocam dúvidas e algumas polêmicas, por exemplo, as pesquisas em células tronco, a proibição de transfusão de sangue por determinada religião e o dilema médico de salvar o paciente ou respeitar seu preceito religioso dentre outros dilemas da bioética, que em muitos casos se configuram um **tabu**[3] em nossa sociedade e seus casos ocorrendo em nossa sociedade de forma clandestina e marginalizada. O *biodireito* e a *bioética* atuam de forma mais eficaz e transparente em prol de uma vida humana mais digna e condizente do indivíduo em nossa sociedade, sem que viva na sombra da reprovação de seus pares, mesmo na dúvida se seu ato é digno de punição ou não no Código Penal, uma vez que alguns indivíduos possam entender que o direito pessoal a uma morte digna se traduz como um "suicídio brando".

O Testamento Vital já é abarcado na legislação de vários países, como a Bélgica, Portugal, Estados Unidos e até a Argentina, dentre outros. Contudo, no Brasil, ainda não houve a sua positivação, inexistindo, assim, legislação específica que trate e regule a matéria de forma detalhada e eficaz. É um instrumento redigido por pessoa maior e plenamente capaz, caso contrário, poderá ser designado curador para representá-lo caso torne-se incapaz. Através desse instrumento, o indivíduo manifesta a sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considere indignas.

Na pouca legislação brasileira, se tem até a presente data as resoluções do Conselho Federal de Medicina e o Enunciado da VI Jornada Civil (2013) de nº 533, o qual aduz: "*O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes ao tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que possam ser interrompidos."* (VADE MECUM SARAIVA, 2017, p. 1201)

Entretanto, há necessidade de uma normatização efetiva no próprio Código Civil, pelo fato de possuir efeitos jurídicos mais influentes. Uma vez que as resoluções do Conselho Federal de Medicina Brasileiro de nº 1.805/2006, que permitiram ao médico limitar ou suspender procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida

[3] Medo ou proibição de origem religiosa, social ou cultural. Assunto de que não se pode ou não se deve falar. (DICIONÁRIO AURELIO, 2012, p.1712)

ISSNe 2595-1602

do doente, em fase terminal, vêm servindo de fundamento para o entendimento doutrinário, que tem se manifestado, favoravelmente, a esse instituto. Da mesma forma, há a de nº 1.995/2012, que trata das diretivas antecipadas e permite a qualquer pessoa, maior de idade e em plenas faculdades mentais, autodeterminar a que tratamentos e procedimentos médicos quer ser submetida, em casos de não poder mais expor sua vontade, por meio de registro expresso do paciente em um documento determinado diretiva antecipada de vontade, também conhecida como Testamento Vital.

.

O doutor em Medicina na área da Bioética, Rui Nunes (2016) atesta sobre o enquadramento ético-normativo sobre o Testamento Vital:

> É em um contexto de aparente paradoxo entre o bem comum e o bem individual que se inserem as complexas relações entre os doentes e as instituições, especialmente no que se refere ao significado da doença e a sua influência na biografia da pessoa. Se na perspectiva da medicina, o conceito de doença se refere, essencialmente, à categorização de grupos de sintomas em entidades clínicas conhecidas e tipificadas, conduzindo a quadros mais ou menos reproduzíveis de doenças, para a pessoa doente vão ser determinantes outros fatores. A título de exemplo, um episódio doloroso se transforma culturalmente em uma realidade médica. [...] É neste ambiente de enorme subjetividade que serão abordados os "Direitos dos Doentes", principalmente na fase final da sua vida, bem como o conjunto de linhas de orientação – recomendações – que podem e devem ser utilizadas na doença terminal. (NUNES, 2016, págs. 65-66)

ISSNe 2595-1602

Existe o desafio no ordenamento jurídico pátrio, equacionar de forma hermenêutica, direitos constitucionais fundamentais como a vida, a dignidade humana e a vontade privativa, pois até o presente momento, as iniciativas do poder legislativo brasileiro, ainda, são tímidas no sentido de regulamentar a questão da morte digna ou Testamento Vital como última diretiva de vontade. Assim, como tentativa de resolver esse problema (ou parte dele), com a proposição do Projeto de Lei nº 116/2000 do Senador Gerson Camata (PSDB/ES), cujo teor tratava da ortotanásia (em que a morte é eminente e inevitável, tratamentos artificiais para manter a vida só prolongam o sofrimento do paciente), visando excluir a tipificação da sanção penal alterando o Art. 121º, parágrafo quarto da parte Geral do Código Penal Brasileiro, que passaria a ser:

> "não constituiria crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, à morte como iminente e inevitável e desde que haja consentimento do doente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão".[4]

[4] SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 116/2000. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/43807> Acesso em 6 mar 2019.

Assim, em 2009, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução 1.931 (Código de Ética Médica) que em seu Artigo 41º, isentava os médicos de alguma responsabilidade, em casos de pacientes terminais e sem condições de que seu estado de saúde se reverta, desde que preenchidos alguns requisitos:

> Art. 41º. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
>
> Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal [5].

Preenchidos os requisitos da declaração de vontade, assegurava ao médico a isenção de um processo administrativo de natureza ética e, até mesmo, afastando a possibilidade de responder criminalmente por prática de homicídio. Porém, nesta mesma época, o Representante do Ministério Público Federal ingressou com uma ação civil pública contra tal resolução. Entretanto, com a mudança na Procuradoria Federal, a nova procuradora preferiu, nas alegações finais do processo, pela improcedência do pedido inicial, por compreender que estava nítido ser a ortotanásia e não de eutanásia.

ISSNe 2595-1602

Discernir sobre o Testamento Vital, ainda, provoca certa confusão na sociedade brasileira, pois muitos associam ao termo, eutanásia, principalmente, ressaltando que tal termo implica:

> Construção semântica dividida em "*Eu*", que significa boa e "*thanatos*", que significa morte, de forma que a origem da palavra revelava o que se pensava ser boa morte, piedosa, altruísta, caridosa, etc. (CABETI, 2011, P. 19)

No Brasil atual, a eutanásia ainda é vista como crime, podendo caracterizar o ilícito penal de várias formas, por exemplo: caso um terceiro, médico ou familiar do doente terminal lhe dê a morte, estaremos diante do homicídio, que eventualmente teria tratamento penal privilegiado, atenuando-se a pena, pelo relevante valor moral que motivou o agente, assim o juiz poderia reduzir a pena de um sexto a um terço. Esse homicídio, mesmo privilegiado, não leva em conta, se houve ou não consentimento da vítima para descaracterizar o crime, aliás, mesmo havendo tal consentimento, haveria desconfiança sobre sua lucidez e independência para decidir sobre a própria vida.

A distanásia, por sua vez, configura o prolongamento artificial do processo de morte, com sofrimento do doente. É uma ocasião em que se prolonga a agonia,

[5] Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 1.931/2009**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931> Acesso em 8 dez 2016.

artificialmente, mesmo que os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou de melhora, assim, ao invés de se permitir ao paciente uma morte natural, prolonga-se sua agonia, sem que nem o paciente, nem a equipe médica tenham reais expectativas de sucesso ou de uma qualidade de vida melhor para o paciente. Conforme Maria Helena Diniz, "trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte" (DINIZ, 2001, p. 307).

A ortotanásia, que etimologicamente, ortotanásia significa morte correta: *orto* = certo, *thanatos* = morte, significando o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural. Neste caso, o enfermo já está no processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que esse estado siga o seu curso, ao invés de prolongar o processo artificial de morte (que é a distanásia), deixa-se que ele se conclua, naturalmente.

Ressalta-se que na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, processo este que recebe uma contribuição do médico, no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural. Apenas o médico pode realizar a ortotanásia. Entende-se que o médico não está obrigado a prolongar o processo de morte do paciente, por meios artificiais, sem que este tenha requerido que o médico assim agisse. Além disso, o médico não é obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste. A ortotanásia é conduta atípica frente ao Código Penal, pois não é causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado.

A morte como um processo natural faz parte da vida, contudo, é oportuno e necessário identificar o momento da morte, assim, precisa-se distinguir a morte clínica da morte biológica. Para o Direito, a distinção reside a partir do momento em que ocorre a morte biológica, a personalidade desaparece, encerra-se. Entretanto, com a morte clínica, sem que haja a total cessão de funcionamento dos sistemas nervoso, vascular e outros, o que opõe o problema ético, moral, religioso e jurídico, é o momento em que se declara a pessoa morta. Neste sentido, Rachel Sztajn esclarece:

> "O problema ético é saber em que medida se antecipa, ou não, a constatação de que não há esperança de reverter o quadro de fim da vida de relação com a existência significativa, ainda mais quando se pretende aproveitar órgãos do ser morto para transplante. A ética utilitarista vê, na manutenção de outras vidas que tenham significação, justificativa para antecipar o momento da declaração do óbito enquanto possam ser aproveitados os órgãos que requeiram atividade cardiorrespiratória, ou seja, irrigação sanguínea. Ora, mesmo para a ética utilitarista antecipar a morte de um para salvar outros seria reprovável se houvesse possibilidade de reverter o quadro adverso, daí se busca fixar o momento da morte clínica à perda total da possibilidade de integração do organismo vivo." (SZTAJN, 2002, p. 121).

ISSNe 2595-1602

No âmbito jurídico e médico, a morte do indivíduo se dá quando ocorre a morte encefálica (cerebral). Todavia, para aqueles pacientes lúcidos e ainda capazes civilmente, mas que se veem numa doença terminal e os cuidados são meramente paliativos, deve-se facultar seu direito de ter um final digno e não de prolongamento de sofrimento em virtude da morte eminente.

3 O TESTAMENTO VITAL: As Diretivas de Vontade

As relações envolvendo médico-paciente sofreram profundas alterações ao longo da História, acentuadas a partir de meados do século XX. Antes, uma relação verticalizada existente desde a época hipocrática (Grécia Antiga) partia da premissa que o médico detinha o conhecimento e o enfermo deveria sempre respeitar e confiar com os procedimentos do especialista em medicina; o doente não significava que este tinha liberdade para escolher como seria tratado. Embora entre o povo hebraico já existisse desde tenra antiguidade a necessidade de se ter o consentimento do paciente, numa relação mais horizontalizada, isso só ganhou força com o Iluminismo (a partir do século XVIII), porém foi *somente com os experimentos humanos, na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), que o debate sobre a importância de obter o consentimento do paciente, antes da realização do procedimento ou do tratamento médico, alcançou "o status de norma jurídica - com o Código de Nuremberg, em 1947 e, posteriormente, de norma ética médica com a Declaração de Helsinque, em 1964".* (PEREIRA, 2004, p. 25-26)

O contexto apresentado pós-guerra, em que de um lado a autonomia do paciente emergia e, de outro, os avanços tecnológicos da medicina eram capazes de adiar a morte de um paciente por tempo indefinido, permitiu que se criasse um campo favorável em volta do debate de um possível direito de morrer. O primeiro país a enfrentar essa questão foi os Estados Unidos da América (EUA), em 1969, em nome da liberdade e da autonomia individual, inspiraram o advogado e defensor dos Direitos Humanos, Luiz KUTNER[6], considerado o autor do primeiro artigo científico sobre o direito de morrer, discorreu sobre o reconhecendo a ilicitude da eutanásia e do suicídio assistido, defendendo a ideia de que o paciente possa tomar decisões sobre seu tratamento quando a medicina já diagnosticou a incurabilidade da enfermidade da qual padece.

O referido autor propôs, também, a inclusão de uma cláusula nos termos de consentimento utilizado para realização de cirurgias e procedimentos radicais por meio da qual o paciente recusava tratamento caso sua condição se tornasse incurável ou caso ele ficasse em estado vegetativo.

[6] KUTNER, L. Due process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal. Indiana Law Journal, v. 44, 1969, p. 539-554.

ISSNe 2595-1602

As preocupações de Kutner trouxe premissas que são norteadoras até hoje por legisladores e pesquisadores sobre Testamento Vital para seu documento intitulado de *living will*, com as seguintes especificidades:

> I. O paciente capaz deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados;
> II. A vontade manifestada pelo paciente no living will se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas;
> III. Esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente;
> IV. Deveria ser referendado pelo Comitê do hospital 8 em que o paciente estivesse sendo tratado; e
> V. Poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência. Surgiam assim, as premissas do testamento vital que, até hoje, são seguidas pelos pesquisadores e legisladores ao redor do mundo.
>
> (KUTNER apud DADALTO, 2015, p. 26).

Ainda nos Estados Unidos, esse documento tem valor legal, tendo surgido com o *Natural Death Act*, na Califórnia, na década de 1970. Exige-se que o Testamento Vital seja assinado por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes e só tenha efeitos depois de quatorze dias da assinatura, sendo revogável a qualquer tempo. Além disso, tem um valor limitado no tempo, de aproximadamente cinco anos. O estado de fase terminal deve ser atestado por dois médicos. O médico que desrespeita as disposições do testamento sofre sanções disciplinares.

O objetivo deste documento cunhado pelo Kutner, ao lado de evitar os procedimentos médicos desmedidos, evitava, também, que o médico fosse processado por não ter procedido a um procedimento em paciente em fase terminal, conforme solicitado por este no documento.

Mesmo que desde a década de 1980 haja uma preocupação com as diretivas de vontade no fim da vida, ainda verifica-se nas primeiras décadas do século XXI, no Direito Sucessório Brasileiro, uma forte resistência de boa parte dos brasileiros em fazer seu testamento, uma vez que a ideia de *morte* (mesmo sendo uma consequência natural e inerente de todo ser vivo) é algo que se verifica como “distante” e tratar de sucessão é “desejar a morte de alguém próximo”. Assim, o processo sucessório, muitas vezes, se torna doloroso e laços familiares são desfeitos. Isso poderia ser evitado se houvesse a disposição de fazer seu testamento.

Nesse contexto, é Importante destacar as palavras esclarecedoras de Leo PESSINI, teólogo estudioso do assunto:

ISSNe 2595-1602

> "Nasce uma sabedoria a partir da reflexão, da aceitação e da assimilação do cuidado da vida humana no sofrimento do adeus final. Entre dois limites opostos: de um lado, a convicção profunda que brota das culturas das religiões de não matar ou abreviar a vida humana sofrida (eutanásia); de outro lado, a visão e o compromisso para não prolongar a dor, o sofrimento, a agonia, ou pura e simplesmente adiar a morte (distanásia, tratamento fútil, obstinação terapêutica)."(PESSINI, 2003, p. 406)

Se não há uma preocupação com a vida jurídica *pos morten* quiçá ouvidar sobre a *diretiva de vontade na iminência de morte* no Brasil, algo paradoxo, uma vez que numa sociedade democrática de direitos, observa-se que os cidadãos estão sempre lutando por escolhas, opiniões e desejos de vontades sejam aceitos e respeitados pelos demais. Assim, numa situação tão especifica como a da *morte digna* deve-se o individuo capaz de abrir mão do direito de escolha? Faz sentido abrir mão disso quando o fim se aproxima? A quem você delegaria o poder de decidir em seu lugar, caso estivesse internado num hospital, sem chance de cura e capacidade de raciocínio? *Ao marido, à mulher ou aos filhos que estarão exaustos e com as emoções em frangalhos? Ao médico que vai tentar medidas heroicas e inúteis com medo de ser acusado de omissão?* (BENEVENUTE, 2015).

É interessante observar que mesmo que não haja ainda uma legislação que regule essa matéria do direito sucessório brasileiro, destacam-se as regulamentações do Conselho Federal de Medicina (CFM), bem como os inúmeros casos admitidos a validade e eficácia do Testamento Vital pelo poder judiciário, para tanto basta observar que após a regulamentação 1.995/2012 CFM que tratou de orientar os médicos acerca do respeito às *diretivas antecipadas de vontade do paciente,* estabelecendo, também, parâmetros de atuação:

> Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade
>
> § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.
>
> *(omissis)*
>
> § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.[7]

Como essa resolução, vislumbra-se a possibilidade do paciente, respeitando sua condição específica de enfermo, fazer seu testamento, exprimir suas orientações de vontade, abrindo, também, a oportunidade para que algum parente

[7] Conselho Federal de Medicina (CFM). Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995> Acesso em 08 dez 2016.

ISSNe 2595-1602

possa ser seu representante e zela pelo cumprimento de suas derradeiras vontades, mesmo que isso implique na oposição de seus familiares.

A partir do conceito americano, o vernáculo L*iving Will* teve sua versão para a língua portuguesa com a denominação de "Testamento Vital", entendido como *uma diretiva de vontade, refletindo num documento legal e devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara a que tipo de tratamento médico deseja ser submetido ao se encontrar em situação que impossibilite a sua manifestação de vontade, podendo se opor a futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem sua vida em detrimento da qualidade da mesma.* (DADALTO, 2013, p. 19).

A diretiva de vontade é uma disposição do autor e/ou paciente que de forma lúcida, coerente e devidamente assistida por um médico e seria interessante, também, a presença de um advogado, a fim de deixar de forma explicita e legal suas intenções e desejos, de forma bastante similar a um testamento, em que se traduz, também, de forma unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, é dirigido à eficácia jurídica antes da morte do interessado, declarando quais tipos de tratamentos médicos que deseja ou não se submeter, o que deve ser respeitado de forma incontroversa.

A advogada e pesquisadora, *Roxana Cardoso Brasileiro Borges, conceitua esse testamento de vida como:*

> O Testamento Vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento que deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar impedido de manifestar sua vontade em razão da doença. (BORGES, 2005, p. 8)

Por fim, se deve ter em mente de forma clara e precisa que o Testamento Vital tem como objetivo maior, conforme atesta Rui Nunes:

> [...] de permitir a uma pessoa, devidamente esclarecida, recusar determinado tipo de tratamento que no seu quadro de valores é claramente inaceitável –, é conceitualmente considerado como distinto da eutanásia. A degradação evidente da qualidade de vida de alguns doentes terminais reforça a possibilidade do exercício da sua liberdade de autodeterminação, possibilidade que a sociedade vem concedendo progressivamente aos cidadãos. (NUNES, 2016, p. 109)

ISSNe 2595-1602

Portanto, o Testamento Vital visa assegurar ao individuo a efetivação de um direito estabelecido na Constituição Brasileira de 1988, bem como proteger os médicos de possíveis sanções penais futuras. Corroboram, neste sentido, as pesquisas de Luciana DADALTO (2013), que na segunda década do século XXI vêm promovendo o debate sobre este tema, no Brasil, de maneira mais ampla e com a ajuda das redes sociais, quando traz reflexões públicas:

> (...) o Testamento Vital é uma forma de assegurar os direitos das pessoas, mesmo quando elas não têm condição de manifestá-los. (...) o avanço das tecnologias disponíveis na medicina tem possibilitado, cada vez mais, prolongar a sobrevivência das pessoas, mesmo daquelas em processos irreversíveis. O problema é que, em alguns casos, a extensão da vida traz não só sofrimentos desnecessários, como atenta contra a dignidade dos pacientes. Alguns procedimentos são extremamente invasivos e, no fim, não trazem benefícios significativos. Mesmo assim, a atual prática médica tende a recorrer todos os recursos disponíveis, independentemente dos efeitos colaterais e dos valores em que o paciente acredita. (DADALTO, 2013, p.7).

Ao se discutir sobre Testamento Vital, há controvérsia no sentido jurídico em relação ao seu significado e ao do Testamento, uma vez que este tem efeito após a morte e aquele tem efeito antes da morte.

Ainda para Luciana DADALTO (2013), que prefere utilizar a nomenclatura *Declaração Prévia de Vontade para o Fim da Vida,* uma vez que ainda estamos falando de cidadãos vivos e preocupados como será o seu fim e não as consequências deste fim. Ela entende que Testamento Vital se assemelha ao Testamento por ser um negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável, mas que se distancia do mesmo por produzir efeitos *post mortem*. Assim aduz:

> [...] chegou-se ao nome “declaração prévia de vontade para o fim da vida”, por meio de verificação de que o documento comumente chamado de “Testamento Vital” é, na verdade, uma declaração de vontade que será utilizada pelo paciente em estágio de fim de vida, mas que deve ser manifestada previamente a esta situação[...] (DADALTO, 2013, p.17)

Portanto, a etimologia do nome *Testamento Vital* torna-se inadequada para designar uma declaração de vontade de uma pessoa com discernimento acerca dos tratamentos aos quais não deseja se submeter quando estiver em estado de terminal da vida e impossibilitada de manifestar sua vontade, apesar de em alguns pontos do texto mencionar Testamento Vital, o considerado mais adequado é a *Declaração Prévia de Vontade para o Fim da Vida*, uma vez que vem representar as características e objetivos do instituto.

ISSNe 2595-1602

Outro aspecto do direito sucessório se refere sobre o Testamento, em que toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte, observando os trâmites e formalidades legais, sob pena de nulidade, uma vez que se deve assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o falecimento, confirmar sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; bem como a proteção dos direitos dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.

Dessa forma, os termos "sucessão" e "testamento", conforme ainda a concepção do autor Carlos Roberto Gonçalves, colaboram, também, para a ideia inadequada para declaração de diretivas, pois nos fala:

> A palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. [...] o testamento como ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe total ou parcialmente de seu patrimônio, para depois de sua morte, ou faz outras declarações de ultima vontade. (GONÇALVES, 2013, p. 19 e 229)

Fica evidente, principalmente, a ideia de *morte e os procedimentos pós este evento* e, dessa forma, percebe-se que no ordenamento jurídico pátrio existem diversas maneiras de elaborar um Testamento, conforme dispõe o livro V, título III, já no seu Artigo 1.857º do Código Civil de 2002, que traz disposições não patrimoniais, Dessa forma, este negócio jurídico reúne características como: *Ato personalíssimo:* a declaração de vontade é emitida somente pelo disponente*; Ato unilateral:* pois é manifestada a vontade livre e soberana do testador*; Formal e solene:* garante a aplicabilidade da vontade do testador*; Revogável: pode ser revogado a qualquer tempo antes da morte do testador; Mortis causa:* uma vez que tem efeito somente após a morte do testador*.*

Como se pode verificar, o atual Código Civil brasileiro traz um rol taxativo sobre os tipos de testamentos, o direito sucessório regulado nesta lei não permite uma interpretação mais extensiva sobre outro testamento ou declaração, tornando, assim, necessário uma edição de uma norma específica que possa preencher essa lacuna de forma mais objetiva, clara e detalhada, que realmente possa conceituar a diretiva de vontade para o fim da vida no direito civil sucessório brasileiro.

No âmbito jurídico, ressalta-se que o termo correto seria definir esse tipo de documento mesmo como "Diretivas Antecipadas de Vontade", uma vez a ideia de "Testamento" só traria seus efeitos quando a pessoa falece, já o documento de diretivas traz as "instruções sobre o final da vida". Deve-se deixar bem claro o que se almeja com a regulamentação desse procedimento, a ortotanásia, entendida aqui como a *possibilidade de ter uma morte digna, deixando a natureza seguir o seu curso.*

ISSNe 2595-1602

Não se trata de um pedido de eutanásia (*a indução intencional da morte, a pedido do paciente*).

Maria Helena Diniz (2003) apresenta um modelo de documento que pode ter a mesma finalidade, chamado "Diretrizes Antecipadas Relativas a Tratamentos de Saúde e Outorga de Procuração", (DINIZ, 2003, p. 206-207) pelo qual uma pessoa poderia se posicionar sobre tratamentos médicos a que viesse se submeter, independentemente das consequências de sua recusa ao tratamento e independentemente do posicionamento contrário de seus familiares.

Apesar de não existir um padrão, o T*estamento Vital* pode ser redigido por qualquer pessoa maior de 18 anos, no pleno gozo de sua capacidade mental, podendo ou não ser registrado em cartório.

> Para a confecção desse "Testamento", aconselha-se a ajuda de um médico, visto que, para ser válido no Brasil, só poderá versar sobre interrupção ou suspensão de tratamentos extraordinários, ou seja, os que visam apenas prolongar a vida do paciente como por exemplo a utilização de desfibrilador. Já, os cuidados paliativos, não podem ser recusados, pois têm o objetivo de melhorar a qualidade de vida do paciente até a derradeira hora. (BENEVENUTE, 2015, p.6).

ISSNe 2595-1602

Em suma, o Testamento Vital é um documento assinado, conforme as regras, em que a pessoa juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade. Ao contrário dos testamentos em geral, que são atos jurídicos destinados à produção de efeitos *post mortem*, os Testamentos Vitais são dirigidos à eficácia jurídica antes da morte do interessado, respeitando o direito do livre arbítrio do paciente de decidir sobre a própria vida.

Entretanto, ressalta-se que as vontades do paciente podem ser descumpridas se o autor do Testamento Vital demonstre uma afronta cabal aos procedimentos éticos da classe médica.

4. Da Lacuna Jurídica: conceitos e formas de resolver

Debater sobre as lacunas no direito, ainda é uma questão bastante controvertida na doutrina. Entretanto, deteremos analisar o conceito de lacuna num enfoque sobre a sua existência e mecanismos de preenchimento que não se encontra respostas ou questões, cujas soluções não se encontram explicitamente no ordenamento jurídico. Assim atesta o jurista Leno STRECK (2007):

> "Aliás, a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no direito assume relevância, basicamente, em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte entendimento norteador e, também, como sustentáculo ao direito visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve igualmente, como argumento desmi(s)tificador do próprio dogma do direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos dos Arts. 4º da LICC e 126º do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completível, através de uma auto referência ao próprio sistema jurídico" (STRECK, 2007, p. 104-105).

Porquanto, não entrando no mérito, nem em polêmicas, desenvolver-se-á uma análise breve, segundo os parâmetros acima expostos e em consonância com o que nos diz doutrinadores, por exemplo, LEMKE (2005), lacuna da lei é a ausência da norma legal. O referido autor (2005) cita LARENZ e expõe que lacuna "significa a ausência de uma regra determinada, que seria de se esperar no contexto global daquele sistema jurídico".

Assim dentro deste parâmetro, a lacuna jurídica pode ser compreendida como a inexistência de uma norma para regular um caso concreto, ou seja, o silêncio da lei e falar em lacuna significa dizer que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução para o desate de uma questão jurídica.

Por sua vez, DINIZ (2002) conceitua as lacunas dizendo que elas são "*faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora"*[8]**.**

A lacuna da lei pode ser conceituada como o vazio existente no ordenamento legislativo, caracterizando-se, assim, a inexistência de uma norma jurídica aplicada no caso concreto. Afirma KARL ENGISH que a lacuna é *uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico*[9]*.* Já para LUIZ REGIS PRADO, a lacuna "*caracteriza-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativo".* (PRADO, 1997, p.162).

Em se tratando de uma lacuna no ordenamento jurídico e numa hermenêutica, fazem-se necessários o uso e a ponderação de princípios e valores consagrados na nossa Magna Carta. Dessa forma, invocam-se os princípios da *Autonomia Privada, Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana, que* reforçam os posicionamentos

[8] Op. Cit. 2002, p. 70.

[9] ENGISH, Karl. *apud* PRADO, Luiz Regis. *Argumento Analógico em Matéria Penal.* Revista de Ciências Jurídicas nº 01, ano 1997, publicação oficial do curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, p. 162.

ISSNe 2595-1602

doutrinários, servindo, também, de fonte para as decisões judiciais que, a exemplo da doutrina, têm ido ao encontro desse posicionamento, até o presente momento, na tentativa de suprir essa lacuna.

A análise conjunta desses princípios verifica as dimensões em que devem ser atribuídos aos direitos da personalidade, sendo impossível limitá-los, tanto no número, quanto na extensão de seus valores, devendo ser reconhecidos como tais, todos aqueles que fundamentem o ser humano e lhe garanta qualidade existencial, aqui compreendida como sua dignidade. Nessa esteira, apesar da inexistência de norma específica no Brasil a respeito do Testamento Vital, a interpretação integrativa de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, por ora analisadas, concedem aparato para se defender a possibilidade desse documento ser adotado no ordenamento jurídico pátrio.

Considerando, sobretudo, a Resolução CFM n.º 1.805/2006; os Projetos de Lei n.º 79/2003, 101/2005, 103/2005 e 524/2009, que tramitam no Senado Federal; os resultados das pesquisas empreendidas com o corpo médico que atua nas situações de terminalidade da vida; a Resolução CFM n.º 1.931/2009; e o arcabouço constitucional que protege a dignidade da pessoa humana, a autonomia e liberdade individuais, e proíbe o tratamento desumano ou degradante; não se pode recusar às pessoas o direito de expressarem seus desejos de não serem submetidas ao tratamento que prolongue, artificialmente, de forma irracional e cruel suas vidas, poupando-as, bem como sua família, de desgastes físicos, emocionais e financeiros.

Não se trata aqui de afastar definitivamente o princípio basilar da nossa sociedade, consagrado na Constituição Federal de 1988, que é **o *direito à vida***, fonte e fundamento dos demais princípios do ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, o que se deve observar na última diretiva de vontade de um ser capaz, é também a dignidade que esta vida é vivida em sociedade, pois é vida sem dignidade não é vida, mas um vazio com dor e sofrimento.

Se a vida é consagrada desde a sua concepção, bem maior de todos os indivíduos da sociedade, protegida pelo aparato judicial com leis e normas para quem ferir ou tirar a vida, da mesma forma, a preocupação com seu bem-estar e sua dignidade de viver, nos leva a refletir se tal proteção e prerrogativas são reservadas apenas para àqueles agentes capazes, que gozam de certa estabilidade socioeconômica além de uma boa saúde. Dessa forma, se a vida tem que ser digna desde o início, por que não ser digna também na sua fase final? E procurando dar respaldo às condições dignas e humanas, o *direito a boa morte* esta pautado, também, para que se evite um sofrimento desnecessário. Assim, deve-se entender que a Dignidade da Pessoa Humana é sem sombra de dúvidas o fundamento angular do nosso ordenamento constitucional, permeando e perpassando todo o fôlego de vida do cidadão, conforme preceitua o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, a dignidade deve ser preservada de forma veemente não só

ISSNe 2595-1602

da concepção ultra interina, mas também nos momentos finais da existência humana.

O amparo neste princípio constitucional é de suma importância para reforçar o preenchimento dessa lacuna ao dar ao Testamento Vital condição *sine qua non* para sua eficiência e validade. Nesse sentido, também corrobora Artur Francisco Mori Rodrigues MOTTA, quando conceitua o *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, sendo:

> A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica. É um princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida.
>
> (MOTTA, 2013, p. 3)

Na hermenêutica dos princípios, a dignidade humana torna para o Testamento Vital a diretriz de vontade validada, eficiente e eficaz, pois consegue reunir uma série de discussões jurídicas e medicinais, sendo um denominador unificador de todos os direitos fundamentais , em que todos os direitos humanos e do homem se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, à medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta. A doutrina jurídica, por sua vez, já o considera como o "Princípio dos Princípios", isto é, todos os demais princípios e garantias presentes na Constituição são sim baseados nele.

No que se refere ao outro princípio, o da Autonomia Privada, disposto no artigo 5º, inciso II, da atual Constituição Federal Brasileira, segundo o qual a pessoa é capaz de decidir sobre sua vida, desde que tal ato não seja contrário à lei. *In verbis:*

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Para o jurista português, J. J Gomes CANOTILHO (2003), o Princípio da Autonomia Privada *reside na forma cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade*. Já a autora brasileira, Maria Berenice DIAS, conceitua o Princípio da Autonomia como sendo:

ISSNe 2595-1602

> A autonomia compreende-se como o direito do paciente no uso pleno de sua razão- ou de seus responsáveis, quando faltar consciência- de estabelecer os limites em que gostaria de ver respeitada sua vontade em situações fronteiriças. Por exemplo: em um paciente terminal de câncer, são validas as tentativas de uso de quimioterapia potentes na esperança de prolongar a vida? Ou simplesmente deve se tratar a dor, embora sabendo-se que com essas medidas pode estar sendo apressando seu fim? (DIAS, 2009, P.3)

Aplicando tais princípios ao tema abordado, verifica-se uma questão muito relevante a ser debatida. Analisando-se o conceito de dignidade da pessoa humana chega-se a um impasse. Esse fundamento aplicado no Testamento Vital vai de encontro ao princípio da autonomia da vontade, e também a garantia à vida. Todavia, analisando, minuciosamente, os princípios pode-se notar que a pessoa tem o direito a uma vida digna de não querer prolongar seu sofrimento quando se sabe que não existem procedimentos que possam curá-la. (BENEVENUTE, 2015)

Ressalta-se que nesse mesmo pensamento:

> (...) a Constituição não prevê o direito à morte, pelo fato de que ninguém é imputado o dever de matar. Dever à vida é coisa que não existe. Tanto é assim que o Código Penal não tipifica como ilícito penal a tentativa de suicídio. A vontade do paciente expressa no testamento vital de não se submeter a tratamentos inúteis que apenas prolongam uma mera vida biológica, sem nenhum outro resultado, não é forma de eutanásia. É reconhecimento da morte como elemento da vida humana, é da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra, sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia. A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentando contra a sua dignidade. (BORGES, 2001, p.13)

Proteger a vontade privada, assegurando o direito de escolha, considerando a autonomia e capacidade para decidir, esse é o principal objetivo do Testamento Vital. É, exatamente, em respeito à autonomia da vontade do paciente em estado irreversível, que o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo ainda carecendo de positivação, tem contemplado a existência de requisitos de validade no tema discorrido. O instituto aqui analisado é visto como uma alternativa entre uma morte mais confortável e o prolongamento do sofrimento por meio de tratamentos que não vão reverter o quadro do paciente. Dessa forma, procura-se dar a liberdade ao paciente terminal o seu real poder capaz de decidir seus últimos momentos de vida de forma que traduza mais alegrias e menos sofrimento.

ISSNe 2595-1602

Mesmo sem existir ainda uma lei especifica que discipline o Testamento Vital, que há pelo menos quatro décadas tal instituto "assombra o ordenamento jurídico", sem que o legislador não tenha dado a devida atenção, temos por outro lado, principalmente na seara da jurisprudência, tendo com precedente um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Apelação Cível: AC 70054988266 RS:

> APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.
>
> 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.
>
> 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.
>
> 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.
>
> 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida[10].

O Acórdão reforça a ideia de dignidade humana, voltada para a qualidade de vida. É justamente esse o objetivo do Testamento Vital: possibilitar ao paciente terminal a alternativa entre prolongar o tratamento ou diminuir o seu sofrimento, dando, assim, um pouco mais de conforto nos momentos finais de sua vida.

À luz dos princípios da *autonomia privada* (é o condão jurídico que garante às partes o poder de manifestar a própria vontade, estabelecendo o conteúdo e a disciplina das relações jurídicas de que participam), da *liberdade* e da *dignidade da pessoa humana,* corroboram as teses doutrinárias positivas, servindo, também, de fonte para as decisões judiciais que, a exemplo da doutrina, têm ido ao encontro desse posicionamento.

[10] Op.cit.

ISSNe 2595-1602

Dessa maneira, tem-se algo de importância legal, embora não exista ainda uma legislação específica que trate sobre o tema, por outro lado, tais princípios constitucionais formam o verdadeiro fio condutor para que em um futuro próximo se possa preencher essa lacuna em nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, é urgente que nossos legisladores se dediquem para efetivamente institucionalizar o Testamento Vital, uma vez que havendo a previsão legislativa, sem dúvida, daria à sociedade maior legitimidade e respaldo para resolver sobre o processo de morte, haja vista que o simples reconhecimento de direito muda posturas, jurídicas e sociais, ao longo do tempo, cabendo alertar, também, que a ausência de recursos materiais para a efetivação dos direitos sociais não deve servir de desestímulo para o reconhecimento do direito à morte digna.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Testamento Vital, mesmo não sendo normatizado no ordenamento jurídico brasileiro, possui requisitos de validade, tendo em vista o respeito da vontade e da autodeterminação da pessoa. Entretanto, deve-se ressaltar que para que tal testamento seja aceito, a doença do paciente deve ser de tratamento em estágio irreversível. O tema é inerente à reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia e a consciência individual; refere-se ao desejo de se ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Dessa forma, convém discutirmos a estrutura e o conteúdo do Testamento Vital, considerando a realidade brasileira, na humilde tentativa de se vislumbrarem sugestões a fim de que, finalmente, o documento seja regulamentado em nosso ordenamento jurídico.

ISSNe 2595-1602

De início, cumpre considerar que o Testamento Vital é negócio jurídico, ou seja, é fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação ao que o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude, varia o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade do mundo jurídico.

Como já dito, a declaração prévia de vontade para o fim da vida, mais comumente chamado de Testamento Vital, é um documento pelo qual a pessoa manifesta o desejo de quais tratamentos quer ou não se submeter no estado terminal. Embora se torne um documento legal e digno de fé pública e ainda tendo como lastro jurídico as jurisprudências dos Tribunais Estaduais e o respaldo na doutrina, bem como as resoluções do Conselho Federal de Medicina, ainda assim, não são capazes

de garantir de forma eficaz, eficiente e validar o que o autor deste testamento deseja para seus últimos instantes de fôlego de vida.

Por fim, destaca-se que este instituto jurídico teve uma forte procura e conscientização maior da sociedade brasileira, a partir do ano de 2012; por falta de uma regulamentação especifica, muitos brasileiros recorrem aos Cartórios Notariais para que possam registrar sua declaração prévia de vontade do cidadão, que versa sobre tratamentos que deseja receber no caso de doenças crônicas ou acidentes graves sem possibilidade de recuperação de forma que cause menos dor e desconforto.

Por outro lado, ainda se constata que boa parte dos hospitais não tem um procedimento padrão. Não há garantias reais que *se o paciente chegar com o Testamento Vital, ele será anexado ao prontuário? Se ele quiser assinar o documento durante a internação, haverá um formulário para isso? O acesso será fácil?* Tais indagações ainda se encontram na obscuridade, às sombras de uma regulamentação que traga luz a estas dúvidas.

No Brasil, a maioria dos médicos passa mais de seis anos na faculdade e não tem uma única aula para discutir a morte e o morrer. Nossa sociedade não é preparada para lidar com a morte, não temos a praticidade e objetividade, por exemplo, dos Estados Unidos, pois os americanos, que são bastante pragmáticos, enumeraram as condições da boa morte. As principais são: não ter sofrimento, estar rodeado pelas pessoas amadas, ter autonomia e permitir que a doença siga seu curso sem interferências extraordinárias da ciência.

Entretanto, a falta da norma regulamentadora não desvalida sua concepção, devido à liberdade dos particulares em instituir categoria não contemplada em lei, na condição de que a mesma não contraponha o ordenamento jurídico. Ante toda a exposição, percebe-se que a paz social é, ou deve ser, o fruto da aplicação. Tendo o Estado atraído para si o exercício da função jurisdicional, compete, através de juiz, aplicar o direito a casos concretos que se lhe apresentem, com o escopo de realizar e manter a paz e harmonia social.

Diante disso, ainda que inexista norma jurídica aplicável ao caso concreto, o juiz deve servir-se de outros meios para manter a paz social, valendo-se, então, dos métodos de integração da norma jurídica, tais como a analogia, o costume, os princípios gerais do direito e a equidade e o respeito a última diretiva de vontade do cidadão na eminência certa de sua vida.

REFERÊNCIAS

ISSNe 2595-1602

BAITELLO, Flavia Ludmila Kavalec. **O Direito à Morte Digna e Testamento Vital no Brasil**. 11f. Artigo. Curitiba, 2013. Disponível em: https://www.sbbioetica.org.br/uploads/Publicacao/2016_02_10/anais_luso2014.pdf Acesso em maio 2019.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente*: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). **Biodireito: ciência da vida**, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ > acesso em maio 2019.

BRASIL. **Código Civil de 2002 – Lei 10.406/2002**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão Proferido nos autos da apelação nº 70054988266/ RS. Apelação Cível.** Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Irineu Mariani. Julgado em: 20 nov. 2013. Disponível em: http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs Acesso em maio 2019.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1931/2009**. Disponível em:< http://www.portalmedico.org.br/resolucoes > acesso em abr. 2019.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1995/2012**. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes>; acesso em abr. 2019.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Almedina. 2003.

COLUCCI, Maria da Glória, **Diretivas Antecipadas de vontade do paciente** Disponível em: http://rubicandarascolucci.blogspot.com.br/2013/01/diretivas-antecipadas-de-vontade-do.html acesso em jan. 2019.

ISSNe 2595-1602

DADALTO, Luciana. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal.** Belo Horizonte, PUC Minas, 2009. Dissertação (Mestrado). Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855/926 acesso em abr. 2019.

_____ **História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente**. Revista Mirabilia Medicinæ 4 (2015/1). Virtudes e Princípios no Cuidado com a Saúde. (jan-jun 2015). Pags. 23-42. Disponivel em http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf Acesso em 10 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Bioética e Direito.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/ acesso em: abr. 2019

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **As lacunas no direito**, São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio***. Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão e dominação.*** 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

LARENZ *apud* LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma.** Revista Jurídica: Universidade Regional de Blumenau,Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina, Ano 9, n. 18, p. 9-40, jul./dez. 2005.

LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma**. Revista Jurídica: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina, Ano 9, n. 18, p. 9-40, jul./dez.

LENZA Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. ***Formas e aplicação do direito positivo.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

ISSNe 2595-1602

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. ***Tratado de Direito Privado***. 2ª ed. Borsoi, 1954.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. Disponível em: http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index6/ Acesso em jan. 2019.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 25-26.

PESSINI, Leo (Org.). Bioética..., 203, p. 406 apud TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol 6**. 7ª ed. Método. São Paulo, 2014

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SZLACHTA, Luna Carla Sá. OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. **Direito à morte digna do brasil.** https://docplayer.com.br/47733486-Direito-a-morte-digna-do-brasil.html acesso em maio 2019.

TARTUCE, Flávio. **"Direito Civil 6"**. 7ª ed. Método. São Paulo- 2014.

ISSNe 2595-1602

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO FRENTE A MORTE DE DETENTOS EM SUA CUSTÓDIA

Alesson Arantes Silveira[1]
Moisés Gonçalves Rodrigues[2]

RESUMO

O presente trabalho aborda a responsabilidade civil do Estado, nos termos que a Constituição Federal brasileira de 1988 preleciona em seu artigo 37, § 6, indicando a Teoria do Risco Administrativo e a responsabilidade de tipo objetiva, não diferenciando entre condutas comissivas ou omissivas. Aborda, ainda, a repercussão geral sedimentada pelo STF para responsabilizar o Estado em caso de morte de detento em estabelecimento penitenciário, por inobservância do dever específico de proteção estatal, conforme artigo 5º, inciso XLIX, da CF/88, bem como indica ser cabível o reconhecimento do dano moral indireto ou dano em ricochete para justificar e reconhecer o direito das famílias de apenados mortos, nas situações indicadas, em serem indenizadas.

Palavras-Chaves: Responsabilidade Civil; Estado; Sistema Penitenciário; Dano moral indireto.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduando do 8º semestre do Curso de Direito na Faculdade Luciano Feijão (FLF). Curso de Direito. E-mail: alesson11@hotmail.com
[2] Graduando do 8º semestre do Curso de Direito na Faculdade Luciano Feijão (FLF). Curso de Direito. E-mail: moises.melo33@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preleciona em seu artigo 37, §6º a responsabilidade civil a qual o Estado se submete, indicando a Teoria do Risco Administrativo. Tal responsabilidade é nada mais que a obrigação, por parte da Administração Pública de suportar, mediante indenização ou outros meios de responsabilidades legais, os danos morais ou mesmo patrimoniais que seus agentes tenham ou venham a causar a terceiros, desde que estejam atuando na qualidade de agentes públicos, ou seja, no exercício de tal condição.

Embora não tenhamos expressamente defino no texto constitucional, a responsabilidade civil do Estado é a de tipo objetiva, ou seja, o terceiro, que foi lesado, não precisa comprovar culpa. Tal fato está amplamente pacificado junto à doutrina e a jurisprudência pátria. Isso porque o diploma constitucional exigiu dolo ou culpa para que o agente responda de modo regressivo, caso apurado sua responsabilidade, mas não fez a mesma exigência com relação à obrigação estatal de indenizar, fazendo com que, assim, dolo e culpa seja exigida apenas em caso de ação regressiva ao agente causador.

Em março de 2016 tal tema ganhou novos debates após julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 841.526, oriundo do Rio Grande do Sul, onde foi discutida a responsabilidade estatal oriunda de omissão. No citado julgamento o colendo Tribunal fixou tese, em sede de repercussão geral, para que o Estado, em caso de inobservância do seu dever específico de proteção, conforme artigo 5º, inciso XLIX, da CF/88, seja responsabilizado pela morte de detento no interior de unidade prisional. Importante frisar que o STF já entedia o cabimento de responsabilidade civil estatal em casos de omissão, observando que para tal faz-se necessário comprovação de que o nexo de causalidade entre os dados sofridos e as omissões partiu de inobservância do dever específico de agir.

Nessa perspectiva analisaremos a responsabilidade civil do Estado à luz do julgamento do supracitado Recurso Extraordinário, proferido pela Corte Constitucional brasileira, de modo a entender a configuração de tal responsabilidade, relacionando o dever específico de agir estatal, bem como a chamada “omissão específica.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: DA IRRESPONSABILIDADE AOS DIAS ATUAIS

No desempenho de suas diversas atividades o Estado pode vir a causar evento danoso que atinja qualquer pessoa, fazendo assim gerar uma obrigação de reparar os prejuízos daí oriundos. Por outro lado, é indispensável observar as peculiaridades dos poderes do Estado, entendendo o mesmo em posição diferente frente ao cidadão, exatamente por suas especificidades.

A responsabilização do Estado, portanto, deve ser implementada considerando todas as particularidades relativas aos seus poderes, atribuições assim como deveres.

ISSNe 2595-1602

Mello (2015, p.1025) nessa linha, coloca:

> [...] seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

A partir dessa constatação diversos regimes jurídicos de responsabilização estatal surgiram e foram adotados ao longo dos anos, evoluindo e se adaptando a realidade dos tempos e as necessidades tanto do Poder Público como dos cidadãos. Podemos ao fim constatar que saímos de uma situação de total irresponsabilidade para uma realidade de responsabilização estatal.

A responsabilidade civil do Estado passou por evolução de tratamento ao longo do tempo, se apresentando diversificado a depender do regime jurídico. Pietro (2019, p. 822) coloca que no regime europeu-continental adotava-se o regime publicístico, enquanto que no anglo-saxão existia a prevalência das bases principiologias do direito privado.

A divisão temporal das variadas fases de evolução das teorias de responsabilidade civil estatal, é iniciada, em grade maioria, pela era da irresponsabilidade do Estado. Nohara (2012, p.211), no entanto, registra que ao longo da Idade Média, a ideia de poderes ilimitados concedidos ao monarca, como detentor de poder soberano não era a regra, uma vez que era possível aferir a existência de leis fundamentais ao assunto na época. A supremacia do monarca sobre as leis, na verdade, só foi inicialmente incorporada por Frederico II da Prússia.

Posteriormente é registrada evolução para a teoria objetivista de responsabilização estatal, onde não mais se fala em culpa, mas em nexo de causalidade entre o dano e a conduta sofrida. Fato é que, seja uma teoria ou outra, ambas sofreram em seu entendimento e aplicação de interferências e adaptações às variações de sistemas e aos ordenamentos jurídicos positivados.

No final da Idade Média, em um período conhecido pelo surgimento do denominado Estado Absolutista é possível identificar a chamada teoria da irresponsabilidade estatal. Nesse período da história o poder ficava concentrado nas mãos de poucos, especialmente o rei e seus colaboradores diretos. Assim o Estado não se responsabilizava por seus atos, uma vez que era soberano, devendo os cidadãos obediência e submissão.

A evolução seguinte aponta o surgimento do Estado de Direito, onde o Poder Público passou a se submeter aos preceitos da lei, uma vez que se havia deixado para trás a ideia de liberalismo e discricionariedade característicos do Estado Absolutista. Fato é que a partir de então o Estado passou a se responsabilizar pelos seus atos, não sendo mais exonerado dessa responsabilidade. Desde então, adaptando-se as mudanças ao longo do tempo, a teoria da responsabilidade civil do Estado evoluiu e se aprimorou.

ISSNe 2595-1602

Com constantes estudos acerca da temática da responsabilidade do Estado, houve uma grande evolução na abordagem da teoria de responsabilização do Poder Público, surgindo uma mitigação de requisitos. Tal mitigação ocasionou-se pelo surgimento de teorias diversas sobre a responsabilidade do Estado, a partir da ótica dos princípios do Direito Público.

Surgiu então a teoria do órgão, na qual passou a compreender o Estado em pequenas estruturas administrativas, que atuam em órgãos no exercício das suas funções. Assim os agentes públicos praticam seus atos não em seu nome, mas em nome do órgão estatal fazendo, assim, que suas ações e as consequências destas sejam imputadas ao Estado.

Posteriormente surgiu a teoria da culpa anônima, onde não há que se falar em culpa individual e específica do agente público, uma vez que predominava seu caráter subjetivo. A prova então, passou a ser a do serviço público oferecido ou não, e não mais a culpa por atos de um agente público, especificamente.

Em substituição à teoria da culpa anônima surgiu a teoria do risco integral. Tal teoria preleciona a ideia de que não somente os benefícios da atividade estatal são convertidos coletivamente em favor da sociedade, mas também os riscos, que devem ser sustentados pela coletividade, através do próprio ente estatal. Assim, o Estado responde pelos danos que causar ao cidadão, independente de culpa, uma vez que o particular não pode aguentar individualmente tal ônus.

Nesse sentido é que coloca Pietro (2019, p. 824):

> [...] assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior que o suportado pela demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos socais; para reestabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.

ISSNe 2595-1602

Em contraponto a teoria do risco integral surgiu, então, a teoria do risco administrativo, que exime a análise da culpa do Poder Público, exigindo, por outro lado, a comprovação de nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido. Assim, na teoria do risco administrativo existiriam algumas situações de excludentes de nexo de causalidade, o que na teoria do risco integral não seria possível.

No Brasil algumas previsões de responsabilidade do Estado com base na teoria do risco integral estão presentes em nosso ordenamento jurídico, como os casos de danos decorrentes de atos terroristas ou de guerras, bem como os de acidentes nucleares. Mas fato é que a nossa constituição de 1988 consagrou, majoritariamente, a ideia de responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco administrativo.

4 RESPONSBAILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: OMISSÃO GENÉRICA E ESPECÍFICA

A responsabilidade civil do Estado em caso de omissão é na verdade uma responsabilização mais jurídica que fática. Mendes e Branco (2014, p.856) defendem tal afirmação uma vez que devemos considerar o fato de origem dessa responsabilidade como sendo a ausência de conduta do ente estatal diante de um dever legal de agir.

A responsabilidade por ato omissivo, por parte do Estado, está configurada, na prática de ato ilícito. Tal fato fez surgir na doutrina uma divergência entre a natureza da responsabilização estatal em caso de omissão, onde uma parte da mesma defende a responsabilização subjetiva, argumentando que a prática de ato ilícito pelo Estado se dá ou pela violação do diploma legal que o atribuí dever de proteção ou, ainda, seria proveniente de imprudência, negligência ou imperícia do Estado. No primeiro caso em situação de inobservância poderia restar configurado o dolo, no segundo culpa, justamente casos de responsabilidade subjetiva. (MELLO, 2015, p.1041)

Na contramão dessa corrente, Cavalieri Filho (2019, p. 348) defende que atualmente a ideia de ato ilícito, não necessariamente, se apresenta como um elemento subjetivo, como até então defendido, uma vez que hoje já existe a ideia de ato ilícito em sentido amplo, que pode ser compreendido como uma “contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem referência a elemento subjetivo”.

Acerca do tema, precioso são os ensinamentos de Humberto Theodor Junior (2003, p.18):

> O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A ilicitude ocorre quando in concreto a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (fatos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma ideia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter.

Assim sendo, é possível compreender que a prática de ato ilícito pelo ente estatal resta configurada não apenas por conduta comissiva, como também por conduta omissiva, ou seja, quando fez o que não cabia fazer ou quando se omitiu e não fez o que deveria.

A tese de repercussão geral nº 592, fixada no julgamento do já mencionado RE 841.526 RS, pelo Supremo Tribunal Federal traz o chamado “dever específico de

ISSNe 2595-1602

proteção", induzindo a compreender que nem sempre haverá responsabilidade objetiva do Estado em condutas omissivas. (BRASIL, 2016)

Alguns doutrinadores como Cavalieri Filho e Paulo Nader aplicam o entendimento de que só caberá responsabilidade objetiva estatal quando presente omissão a um dever específico. Nesse ponto a doutrina traz uma divisão entre omissão genérica e omissão específica.

Corroborando com o referido entendimento, Castro coloca (2000, p.37):

> Não é correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

É imprescindível que em se falar de responsabilidade por omissão seja feito análise clara da situação. Se presente uma obrigação genérica do Estado em evitar o resultado danoso, estará presente a chamada omissão genérica. Agora, em se tratando de situação onde deveria o Estado agir para que tal fato não ocorresse, estará presente a omissão específica. (CAVALEIRI FILHO, 2019, p.350)

A omissão específica é aquela onde se exigi do Estado conduta no sentido de evitar a ocorrência de algum evento danoso. Aqui devemos entender o ente estatal como um guardião, se colocado na condição de garante do administrado. Tal condição tem origem em um dever legal e específico a ele atribuído. A inobservância desse dever bem como da condição de garante cria ambiente para que ocorra a circunstância de situação de dano a terceiro.

Sobre a omissão específica, Paulo Nader ensina (2016, p. 401):

> A omissão é específica quando o agente não toma a iniciativa devida diante de um caso concreto. Se uma patrulha rodoviária constata a embriaguez de um motorista ao volante e permite-lhe continuar trafegando, seguindo-se acidente com danos, a omissão do agente é específica. Neste caso o Poder Público responderá objetivamente e com direito de regresso, à vista de negligência do agente.

No caso da omissão especifica a responsabilidade do Estado se encontra firmada conforme a teoria da responsabilidade objetiva, portanto sem a necessidade de demonstrar culpa do ente estatal nem se seu agente, que causou o dano.

A desnecessidade de demonstração do elemento culpa está vinculado ao fato de que no caso de omissão especifica o Estado tem participação imediata concorrendo diretamente para o evento danoso.

Por outro lado, temos a omissão genérica que deve ser compreendida em contraponto a omissão específica. Na situação de omissão genérica não há que se exigir uma atuação específica do Estado, uma vez que não se tem presente um dever legal de proteção.

A omissão genérica resta configurada nas situações em que mesmo havendo uma atuação do Poder Público este não poderia evitar o resultado danoso. Para

ISSNe 2595-1602

melhor ilustrar a situação de omissão genérica temos o exemplo de um motorista que dirige alcoolizado por via pública, vindo a ocasionar um acidente e matar determinado pedestre. Nesse caso não caberia responsabilização do Estado.

De todo modo é possível observar que a inatividade do ente estatal concorre para o resultado danoso de alguma forma. No exemplo faltou fiscalização e a devida aplicação do rigor da lei. Mas na verdade é fácil perceber que tal fato não é causa direta para a ocorrência da situação.

Na situação de omissão genérica o terceiro prejudicado pelo evento danoso deve demonstrar que a ausência de uma ação estatal ocasionou o dano, provando a chamada falta do serviço, ou culpa anônima, resultou no dano. Cavalieri Filho (2019, p.350) defende, nesse caso, que assim seja reconhecida a responsabilidade subjetiva do Estado.

Nessa mesma linha Paulo Nader (2016, p.401) ensina acerca da omissão genérica:

> [...] a omissão é genérica quando não há um fato particular, específico, a chamar a atenção do agente público. Se o dano ocorrer em consequência de omissão genérica, ter-se-á responsabilidade subjetiva, devendo a parte, necessariamente, provar não apenas os danos, o nexo causal, como ainda o dolo, negligência ou imperícia.

Assim, ao enfrentar situações de atos omissivos é necessário entender a condição do Estado a cada caso, uma vez que duas situações em especiais podem estar configuradas. A primeira seria a situação em que o Estado estaria obrigado a agir pelo seu dever legal e específico de proteção. Nessa situação, em caso de inação estatal estaríamos diante de omissão genérica. Na segunda situação o Estado teria apenas o dever de evitar a ocorrência de um resultado. Diante dessa situação estará configurada uma omissão genérica.

A despeito de a Constituição Federal em seu 37, §6º consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, compreendida tanto os atos comissivos como os omissivos, como já abordado nesse trabalho, é imperioso reconhecer que nos casos de omissão genérica haveria espaço para o reconhecimento da responsabilização subjetiva do ente estatal.

Assim, é importante entender que ao tratar de omissão é necessário distinguir a situação de omissão genérica, onde existe um dever genérico de evitar o evento danoso, da omissão específica, onde existe um dever legal do Estado de agir, uma vez que se encontra na condição de garante do administrado.

5 O RE 841 526 RS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO CASO DE MORTE DE DETENTO: O DANO MORAL INDIRETO

Constitui obrigação do Estado, ao momento em que direito subjetivo do preso, a garantia de uma execução penal humanizada, com preservação de sua integridade física e mental, bem como assegurados seus direitos e garantias fundamentais, conforme artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Vejamos:

ISSNe 2595-1602

> 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:
>
> [...]
>
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Como já falado a responsabilidade estatal é hoje guiada e regida pela Teoria do Risco Administrativo. Mas e nos casos de omissão estatal, qual é o tipo de responsabilidade presente? Nesse campo é notória a existência de divergência intensa quanto ao aqui levantado. De um lado temos a primeira corrente, ao qual é adotada pela doutrina bem como o Superior Tribunal de Justiça. De outro a segunda corrente, que é a aderida pelos que compõe o Supremo Tribunal Federal.

Majoritariamente, até hoje, a doutrina segue a primeira corrente, a qual entende e prega que a responsabilidade estatal em caso de omissão, seria a subjetiva, ou seja, para que o terceiro prejudicado tenha reconhecido seu direito de indenização deverá restar provado o dano, a omissão estatal, o nexo causal bem como a culpa administrativa. Isso porque tal corrente está baseada na teoria da culpa administrativa ou culpa anônima. É nesse sentido também que o Superior Tribunal de Justiça tem seguido, conforme seus julgados mais recentes.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, vem reiteradamente aplicado o entendimento de culpa objetiva nos casos também relacionados à omissão. Tais decisões se fundamentam no fato de que a Constituição Federal, ao indicar o tipo de responsabilidade estatal, não fez qualquer diferenciação entre condutas comissivas e omissivas.

Vejamos:

> (...) A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. (...) *STF. 2ª Turma. ARE 897890 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2015*.

Em março de 2016, julgando o Recurso Extraordinário nº 841.526, oriundo do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir no mesmo sentido já anteriormente indicado, fixando tese em sede de repercussão geral, para reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, e o direito de indenização a quem o tenha, em caso de morte de detento, no interior de unidade prisional ou outro estabelecimento, sobre guarda do Estado, desde que esteja configurada a inobservância do dever especifico de proteção, conforme artigo 5º, inciso XLIX, da CF/88.

Diante da morte de detento dentro de estabelecimento prisional, em ocasião de omissão estatal em cumprir o dever legal imposto pelo mandamento constitucional, temos a incidência de dano moral indireto ou dano moral em ricochete, como é mais conhecido.

ISSNe 2595-1602

É preciso, inicialmente, entender que o dano em ricochete pode ser melhor compreendido como aquele que vem a atingir ao administrado de modo reflexo. Assim, determinado ato ilícito praticado contra terceiro pode indiretamente atingir pessoa diversa na situação, fazendo sobre ela incidir seus efeitos. (TARTUCE, 2010, p. 303)

Importante salientar a necessidade de que esteja presente a obrigação estatal legal e específica de agir, bem como configurada o nexo causal entre a omissão e os danos. Como se adota a Teoria do Risco Administrativo, caso de responsabilidade objetiva, o ente estatal poderá provar qualquer uma das causas excludentes de responsabilidade, ressaltando que o ônus da prova é do Estado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema em voga nesse escrito encara um dos maiores debates em questão constitucional contemporânea, qual seja: o modo e o tipo de responsabilidade que tem o Estado por meio de seus atos e de suas omissões.

No exercício corriqueiro e diário de suas funções e atribuições, o ente estatal, por circunstâncias diversas, pode acabar gerando riscos e, até mesmo, danos a terceiros. É daí que vem a importância do debate e do reconhecimento acerca de sua responsabilização. Imperioso também é destacar a condição especial e superior do mesmo quando comparado aos particulares, fruto das peculiaridades de seus poderes e atribuições.

Quanto à responsabilização oriunda de condutas omissivas, registradas as posições em contrário, é de suma importância a repercussão geral sedimentada pelo STF. Não cabe a nenhum operador do direito estabelecer diferenças onde à constituição não à fez. Se a Carta Magna estabelece a responsabilidade objetiva estatal, não existem fundamentos que diferencie se tal responsabilização se dá apenas em condutas comissivas, em prejuízo das omissivas.

Assim, seguindo a jurisprudência da Corte Constitucional do nosso país, as condutas comissivas ou omissivas estão englobadas no tipo de responsabilização especificada e aplicada ao Estado, qual seja a objetiva, desde que, no caso das omissivas, esteja presente o nexo causal entre o dano e conduta estatal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acessado em: 03 de abr. de 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> Acessado em: 03 de abr. de 2019.

ISSNe 2595-1602

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 897.890 – PR. Segunda Turma.** Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 22 de setembro de 2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307945670&tipoApp=.pdf >. Acessado em: 03 de abr. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 841.526 / RS. Plenário.** Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 30 de março de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acessado em: 03 de abr. de 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo:** atualizada até a emenda constitucional 64, de 04.02.2010. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 6º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 7 v.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32º ed. Rio de Janeiro Editora: Forense, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Forese, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 5º ed. São Paulo: Método, 2010.

ISSNe 2595-1602

APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O DIREITO REAL DE LAJE: UM ESTUDO A PARTIR DO DIREITO DE CONSTRUIR SOBRE EDIFÍCIO ALHEIO EXEMPLIFICADO PELO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

Direitos Reais - Direito Real de Laje

Camila Bottaro Sales Coelho[1]

Resumo:O Direito Real de Laje foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Medida Provisória nº 759/2016, convertida na Lei nº 13.467/2017. Trata-se de uma moldura jurídica conhecida popularmente pelo termo "Puxadinho", muito comum nas áreas favelizadas, das grandes capitais que sofreram com o processo de urbanização acelerado, sobretudo no início do século XX, o qual redimensionou o espaço habitacional dessas cidades. Próximo ao referido instituto, encontramos no Art. 1.526º do Código Civil português, o chamado: "Direito de Construir sobre edifício alheio". O objetivo da presente pesquisa é refletir acerca da (des)necessidade da regulamentação do direito real de laje como direito real autônomo pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua proximidade com o instituto referido na legislação portuguesa, a partir das suas singularidades, nuances e enfrentamentos. Assim, faz-se necessário refletir sobre direito real de laje para, enfim, buscar a implementação da sua função social.

Palavras-chave: Direito Real; Direito de Laje; Direito de construir sobre edifício alheio, Moradia digna; Função Social.

ISSNe 2595-1602

[1] Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora do Grupo de pesquisa "Virada de Copérnico" do PPGD/UFPR. Professora Universitária na Unifacear, Curitiba/PR. email: bottarosales@gmail.com

I. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo a análise dos aspectos polêmicos do direito real de laje, a partir da sua inserção no Código Civil brasileiro de 2002 pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, no tocante à regularização fundiária urbana (artigos. 9º a 82º), decorrente da conversão da Medida Provisória nº 759/2016.

Dentre os seus objetivos, busca-se abordar os aspectos controversos sobre o novo direito real, em especial, a nomenclatura adotada pelo legislador, perpassando por sua natureza jurídica, função social da propriedade urbana e a (des)necessidade de distingui-lo do direito de construir sobre edifício alheio. Eis o ponto central do trabalho.

Após a conversão da referida Medida Provisória que deu origem à lei, diversos doutrinadores civilistas brasileiros, tais como Flávio Tartuce, Anderson Schreiber, Francisco Eduardo Loureiro, Sílvio Venosa, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, Rodrigo Mazzei e outros, passaram a questionar sobre a necessidade de regulamentação do direito real de laje com direito real autônomo, frente às tratativas do Código Civil brasileiro sobre o direito real de superfície e o direito de sobrelevação a ela inerente como instituto idêntico ao direito real de laje.

Ao lado de países como Itália, Espanha e Peru, o Código Civil português trata o direito real de laje como “direito de construir sobre edifício alheio”, no Título V, destinado ao direito real de superfície, conforme disposto no Artigo. 1.526º.

Assim, para melhor compreensão do instituto inserido no Código Civil brasileiro, faz-se necessário a análise dos artigos referentes ao tema (Art. 1510º-A e Art. 1.510º-E) e seus conflitos, perpassando por outras questões críticas como a natureza jurídica do direito real de laje, a laje e sua melhor nomenclatura, questões processuais, comunicabilidade no casamento e na união estável (Enunciado 18 da I Jornada dos Juízes das Varas de Família da Comarca de Salvador, em 2018) ou ainda a possibilidade de fazer uso da ação de usucapião (Enunciado 627 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça de 2018).

A metodologia utilizada engloba um estudo descritivo, através de uma abordagem qualitativa-quantitativa da doutrina brasileira e portuguesa sobre o tema.

Pode-se dizer que a pesquisa demonstra a inserção do novo direito real analisado sob o viés civil-constitucional, buscando garantir o acesso à moradia à população de baixa renda com vistas à regularização das áreas urbanas. Porém, alguns aspectos práticos ainda precisam ser discutidos para sua real efetividade.

II. O DIREITO REAL DE LAJE E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

> As condições de vida vinham se degradando inexoravelmente na cidade do Rio de Janeiro, nesse período de transição do século XIX para o século XX, e do Império para a República. O espaço urbano acanhado, todo entremeado de morros e áreas pantanosas, mas se prestava à acomodação de uma cidade de dimensões médias. A capital do país passaria nesse momento, entretanto, por um processo vertiginoso de metropolização, com a população crescendo pasmosamente de 522.651 habitantes, em 1890, para 1.157.873 habitantes em 1920. (SEVCENKO, 2018.)

ISSNe 2595-1602

O texto acima narrado por Nicolau Sevcenko, no clássico brasileiro, “A revolta da Vacina”, retrata o cenário social e habitacional no país, no final do século XIX e início do século XX. Os problemas decorrentes do acelerado processo de urbanização, em especial, os problemas relacionados à necessidade de moradia para as pessoas que migravam para as grandes capitais, eram notórios nesse momento da história. A atávica verdade evidenciava apenas um fato: não havia moradia adequada para todos os cidadãos. Era necessário reinventar o espaço urbano e suas dimensões.

Aliás, nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916, já encontramos resquícios de uma ideia inicial sobre direito real de laje, a partir da leitura do parágrafo que dispunha sobre possibilidade da divisão da propriedade em sentido horizontal por proprietários distintos: “Ord.Filip. 1. 68, 34: “E se uma casa for de dois senhorios, de maneira que de um deles seja o sótão e de outro o sobrado, não poderá aquele, cujo for o sobrado, fazer janela sobre o portal daquele, cujo for sótão, ou loja, nem outro edifício algum”. (Marchi, 2018)

Assim, em que pese o direito de laje ser refletido, veementemente, apenas após a edição da Medida Provisória nº 759/2016, tal instituto encontra-se no plano fático desde o final do século XIX e início do século XX, como constatam os clássicos brasileiros como a “Revolta da Vacina” e o “Cortiço”. Em continuidade, na metade do século XX, o pluralismo jurídico desenvolvido por Boaventura de Souza Santos, na favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, em 1970, que ele “nominou” de *Passárgada,* é novamente apresentada uma visão da favela da perspectiva dos moradores, segundo a qual possuía-se uma “regulamentação” interna sobre a resolução dos conflitos e quanto à compra e venda de imóveis dentro da favela.

Fatores históricos levaram ao “aprisionamento” das novas formas e modelos de moradia nas áreas favelizadas, as quais Boaventura apresenta uma perspectiva em sua pesquisa o chamado, “Direito de Laje”, que encontra suas origens há muitas décadas, porém vindo a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma efetiva, somente no ano de 2016.

A laje firmou-se no consciente social com uma visão torta e desacertada, sendo vinculada a condições de carência de recursos ou de aglomerados não urbanizados, quando, em verdade, é possível detectar tal fenômeno em qualquer esfera econômica, como apontado por Boaventura em sua pesquisa. Havia, assim, um claro descompasso entre o direito legislado (direito do asfalto) e o direito construído no meio social (o direito de Passárgada), como relatado por Boaventura, o qual aponta que o sistema legal oficial era tido como uma forma de ameaça para reforçar a decisão da Associação de Moradores.

Tal descompasso entre as normativas adotadas pelas favelas veio a ser sanado, em tese, com a edição da Lei 13.465/2017, visto que trouxe a regularização das moradias em segundo plano, emprestando-lhe licitude e função social.

III. ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE O DIREITO REAL DE LAJE

Como dito alhures, a Medida Provisória nº 759/16 regulamentou ao Direito Real Laje, o qual foi incluído no Código Civil, no ano de 2017, após a promulgação da Lei

ISSNe 2595-1602

13.465/2017, no capítulo que trata dos Direitos Reais, Art. 1225º, inciso XIII. Assim, foi incluído ao Código Civil, os Artigos 1510º-A ao 1510º-E, destinados a regulamentar o instituto.

Embora o Direito Real de Laje venha regulamentar a situação da moradia das famílias brasileiras, tal inclusão legislativa trouxe diversas dúvidas quanto ao seu estudo teórico e prático. Vejamos:

a) Nomenclatura: No Aurélio, "laje" trata-se de um substantivo feminino que significa "Obra contínua aérea de concreto armado". Do ponto de vista legal, a nomenclatura não foi a mais acertada, pois a exploração pode ser tanto do espaço aéreo como do subsolo, retratando um direito real de superfície em graus sucessivos ou um verdadeiro direito real de sobrelevação. Contudo, conforme aponta Roberto Paulino, "Já alguns anos se fala em direito de laje como uma expressão popular para a construção de novos pavimentos sem formalização", também, conhecido como "puxadinho".

b) Natureza jurídica: Em que pese algumas discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do direito real de laje, ser ele direito real sobre coisa própria ou direito real sobre coisa alheia, parece-nos mais acertado a ideia de tratá-lo como direito real sobre coisa própria, tendo em vista sua independência matricial em relação ao imóvel que o acomoda.

c) O que não é direito real de laje: Não é espécie de condomínio edilício, embora haja semelhanças. Os "apartamentos" são espécies de laje, mas com efeitos diferentes. Na laje, o titular não possui fração ideal sobre o terreno, conforme Art. 1.510º-A, §4º do Código Civil brasileiro: "A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas".

d) O que é direito real de laje: Para Carlos Eduardo Elias de Oliveira, consultor legislativo que participou da regulamentação da lei, "O Direito Real de Laje é uma espécie de Direito Real de Propriedade sobre um espaço tridimensional que se expande a partir da laje de uma construção-base em direção ascendente ou a partir do solo dessa construção em direção subterrânea. O direito real de laje pode ser aéreo ou subterrâneo, portanto". (Oliveira, 2018). No Código Civil Brasileiro, entende-se por direito real de laje:

> Art. 1.510ª-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.
>
> § 1o O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.

No Direito Real de Laje apresentam-se dentre as principais figuras e denominações:

ISSNe 2595-1602

- **Proprietário:** como sendo o titular do direito de propriedade sobre a construção original (construção-base);
- **Lajeário:** o titular do direito de laje, seja da laje em sobrelevação ou da laje em infrapartição;
- **Sobrelaje:** a laje construída a partir de outra laje. Tal instituto surge quando o lajeário, devidamente autorizado pelos demais lajeários e proprietários, cede novo direito de laje a terceira pessoa;
- **Laje em sobrelevação:** refere-se àquela constituída sobre a construção original, aproveitando-se o espaço aéreo livre;
- **Laje em infrapartição:** aquela na área abaixo da construção original, com aproveitamento de garagens ou porões[2].

e) Efeitos registrais: O Direito Real de Laje possui matrícula própria, nos termos do Art. 1.510º-A, § 3º do Código Civil e Art. 176º, §9º da Lei de Registro Público, que assim dispõe: "Cada imóvel será objeto de uma matrícula e cada matrícula descreverá um imóvel". (Princípio da unicidade registral) e, ainda, Art. 1.510º-A, § 3º: Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em **matrícula própria**, poderão dela usar, gozar e dispor" e Art. 176º, §9º LRP: "A instituição do direito real de laje ocorrerá por meio de abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca".

f) Exigências urbanísticas: Artigo 1.510º-A, § 5º dispõe: "Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje". Questiona-se: Os Cartórios de Registro de Imóveis poderão matricular a laje sem prévia autorização do Município ou do DF atestando sua compatibilidade com as normas urbanísticas? Mais uma polêmica a ser enfrentada.

g) Aquisição do Direito Real de Laje por usucapião: Dispõe o enunciado 627, promovido pela VIII Jornada de Direito Civil, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018, sobre a viabilidade de aquisição do direito real de laje pela via de usucapião: "O Direito Real de Laje é passível de usucapião"

h*) Comunicabilidade do Direito Real de Laje no casamento e na união estável, conforme regime de bens adotado:* Dispõe o enunciado 18 da I Jornada dos Juízes das Varas de Família, da Comarca de Salvador, em 2018, sobre a possibilidade de comunicação do Direito Real de Laje, no casamento e uniões estáveis, conforme caso concreto.

i*) Direitos e deveres do lajeário*: São direitos do lajeário usar, gozar e dispor do Direito Real de Laje, bem como direito de preferência para aquisição do imóvel-base em caso de alienação. São deveres do titular do Direito Real de Laje – lajeário: arcar com os

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. **DIREITO DE LAJE**: do puxadinho a digna moradia. Salvador: JusPodvim, 2018. p. 22.

ISSNe 2595-1602

encargos tributários da sua unidade, manter segurança na realização das obras e custear a área comum.

j) Formas de extinção: O Direito Real de Laje se extingue pela reunião da construção base: Art. 1.510º-E. "A ruína da construção-base implica extinção do Direito Real de Laje, salvo: I - se este tiver sido instituído sobre o subsolo, II - se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína, bem como pela fusão de matrículas nos termos do Artigo 234º da Lei de Registro Público. Ressalta-se que o simples fato do proprietário da construção-base adquirir a laje não leva à extinção do Direito Real de Laje, pois trata-se de unidade imobiliária autônoma.

IV. DA (DES)NECESSIDADE DO DIREITO REAL DE LAJE E SUA APROXIMAÇÃO COM O DIREITO DE CONSTRUIR EM SOLO ALHEIO

Em verdade, o maior de todos os conflitos acerca do Direito Real de Laje é enfrentado pela doutrina brasileira sobre a real necessidade de regulamentação do instituto, em razão das normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre o direito real de superfície e sua performance em relação ao chamado direito de sobrelevação.

Afirma Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, "O Direito Real de Laje não constitui um direito real novo, mas uma modalidade de direito de superfície que, desde 2001, já tem previsão expressa na legislação brasileira, a superfície por sobrelevação." (Albuquerque, 2018).

Conforme dispõe, atualmente, o Estatuto da Cidade, Art. 21º, Lei nº 10.257/01:

> O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.
>
> §1º: O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

Alguns países reconhecem a laje como direito de sobrelevação na superfície. Como exemplo, podemos citar o Artigo 1.526º do Código Civil português que dispõe dentro do título destinado ao direito de superfície:

> TÍTULO V
> DO DIREITO DE SUPERFÍCIE
>
> CAPÍTULO I Disposições gerais
>
> ARTIGO 1526o
> (Direito de construir sobre edifício alheio)
>
> O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421o.

ISSNe 2595-1602

E, ainda, o enunciado 568, VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2016: “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística”.

A doutrina brasileira diverge. Aponta Marco Antônio de Oliveira Camargo:

> Doutrinadores diversos levantaram uma forma de polêmica, desnecessária no entender deste autor, contra esta nova forma de direito real por entendê-lo como novidade desnecessária, uma vez que a propriedade em projeção vertical, há muito, já está prevista em nosso ordenamento, sob a forma do *Direito Real de Superfície*. Deveras, quando se tratar de propriedade de imóvel urbano, já previu o Estatuto da Cidade a possibilidade de, diferentemente da regra geral constante do Código Civil, criar-se um direito de superfície com prazo por tempo indeterminado e transmissível a herdeiros ou sucessores. De fato, o direito de superfície sobre projeção vertical de um imóvel urbano e constituído com prazo de validade por tempo indeterminado em muito se assemelha ao novo direito (de laje em sobreposição), mas dele se diferencia por uma característica fundamental: na laje sobreposta existem unidades imobiliárias autônomas de titularidades distinta daquela originalmente existente. Além disso, assim como ocorre com o condomínio edilício, para que o direito de laje possa existir, é necessária a existência de alguma edificação sobre o solo, ao passo que, o direito de superfície pode se referir unicamente a terreno sem benfeitoria alguma.

Já para o professor paulista, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, ”Há falta de cuidado técnico na elaboração dessa norma, especialmente, porque soluções muito mais adequadas poderiam ter sido alcançadas com o já existente direito de superfície”. Para ele, o Estatuto da Cidade regulamentava de maneira muito mais técnica e precisa meios de efetivação da exploração do espaço aéreo e subsolo pelo não proprietário.

Diante dessa dualidade de pensamento, na doutrina brasileira, e considerando que o instituto “laje” foi regulamentado autonomamente em relação ao direito de sobrelevação, parece-nos viável refletir sobre a melhor forma de aplicá-lo para que efetivamente traga garantia e segurança às moradias brasileiras.

ISSNe 2595-1602

V. O DIREITO REAL DE LAJE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Em que pese todas as controvérsias a respeito dos preceitos teóricos e técnicos sobre o chamado Direito Real de Laje, é importante lembrar que sob o viés constitucional, verifica-se no conteúdo da sua função social a garantia constitucional do direito à moradia (art. 6º CF/88).

Para compreensão mais detalhada desse novo direito real, nos paradigmas do Estado Democrático de Direito, pertinente se faz a análise contextualizada do direito à moradia.

A ordem jurídica atual condiciona o estudo dos direitos fundamentais atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, se compreendermos direitos fundamentais como situações jurídicas que visam concretizar garantias de

convivência digna sem as quais os seres humanos não se realizariam.

O direito à moradia encontra-se previsto na Constituição em seu Art. 6º, tendo sido incluído no rol de direitos fundamentais sociais elencados, no referido dispositivo através da Emenda Constitucional nº 26/2000.

Apesar de ter ganhado *status* de direito social, somente em 2.000, não foi a primeira vez que a Carta Maior se referiu a esse direito. O Artigo 23º, IX da CR/88 dispõe, "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX- Promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico". Ademais, suas formas de concretização se espalham por todo ordenamento infraconstitucional.

A falta de moradia e suas implicações é um dos maiores problemas sociais no Brasil. Apesar de muito se falar neste assunto, nos últimos anos, o país ainda possui milhões de brasileiros que habitam locais em condições inadequadas para uma vida digna.

Logo, é possível verificar que a moradia, muito embora deva ser concebida como um direito autônomo, pode, inclusive, servir como meio de legitimação ao exercício de propriedade.

Isto posto, necessário se faz adentrar, rapidamente, sobre a questão da constitucionalização do direito de propriedade, uma vez que apresenta intrínseca ligação com o direito a digna moradia.

A interpretação do direito à propriedade, à luz da Constituição, vem em um processo de constitucionalização do Direito Civil, que veio trazer uma interpretação do Código Civil com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, da igualdade e da função social da propriedade, levando-se em consideração não somente o patrimônio, mas trazendo ao foco das discussões a pessoa humana.

Assim, a análise do exercício ao direito de propriedade passou a ser condicionado à análise da sua função social, o que significa dizer que a propriedade deixou de ser um direito exclusivamente privado e absoluto, passando a ser relativizado em decorrência do exercício da sua função social. Deste modo, a análise moderna do direito de propriedade, no ordenamento jurídico, passou a ser efetivada, essencialmente, sob uma perspectiva social.

Ao analisarmos o direito de propriedade e sua construção histórica, em especial sua leitura a partir da CF/88, observamos dois princípios constitucionais que regem a ordem econômica e financeira do país, conforme incisos II e III do Art. 170º e no Art. 5º, *caput*, e incisos XXII e XXIII da Constituição, referindo-se à propriedade privada e à função social.

Assim, o seu conteúdo está condicionado ao uso funcional do bem, emprestando-lhe dignidade à medida em que atribui caráter humanizador aos poderes-deveres proprietários de usar, gozar, dispor e reaver o bem, condicionando à efetivação dos direitos sociais, no caso em tela, ao direito social à moradia.

Nesse contexto, a "laje" possibilitou milhares de brasileiros afirmarem a dignidade de possuir e morar em alguma habitação para si e sua família, ou seja, uma verdadeira efetivação de uma garantia constitucional, tendo como beneficiários, em

ISSNe 2595-1602

regra, os moradores das áreas favelizadas, credoras de reconhecimento como meio de garantia à moradia digna.

Ao tratarmos do Direito Real de Laje, classificamos a modalidade como um direito real sobre coisa própria. Esse novo direito real veio concretizar princípios como o da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da solidariedade, operacionalizando o direito à moradia previsto no Artigo 6º da CR/88.

Deste modo, denota-se que a função social do Direito Real de Laje está sob a égide do regimento da função social da propriedade urbana, visto que pode ser tido como um elemento para a realização de uma cidade sustentável e mais igualitária.

Destarte, a propriedade deve ser utilizada como um meio de produção de circulação de riquezas, para moradia ou produção econômica. É justamente, neste ponto, que se pode verificar a função social do Direito Real de Laje, pois traz a possibilidade de se garantir o direito à digna moradia aos cidadãos, principalmente, àqueles que se encontram nas áreas favelizadas.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um lado não podemos negar a existência de um processo histórico de urbanização acelerada que produziu efeitos em relação à qualidade da moradia brasileira nas grandes capitais, em especial, nas áreas favelizadas.

A necessidade de regularização da posse (situação de fato) como corolário da garantia à propriedade digna, tendo como conteúdo na presente pesquisa a moradia adequada, perpassa sem nenhuma dúvida a algumas conclusões, a saber:

1. O Direito Real de Laje surgiu no contexto brasileiro necessário para regulamentação jurídica diante das construções autônomas à propriedade base, em razão de um longo processo de urbanização desenfreado e desorganizado;
2. A ausência de normatividade sobre o Direito Real de Laje trazia aos lajeários incertezas sobre os poderes-deveres inerentes ao uso do bem;
3. A partir do momento em que o Direito Real de Laje passa a ser regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro, embora com inúmeros questionamentos teóricos e práticos, sem dúvida trata-se de política voltada à implementação do direito à moradia adequada, em especial em áreas favelizadas;
4. Contudo, as normas brasileiras já existentes sobre o direito real de superfície e a sobrelevação a ela inerentes não seriam suficientes para tratamento dado ao Direito Real de Laje? Considerando que a superfície trata da possibilidade de construir em solo alheio, gerando titularidades distintas?

A partir da complexidade do tema invocado, nesta pesquisa, podemos concluir que embora o Direito Real de Laje, ainda, seja permeado por diversos questionamentos, críticas e reflexões, foi sem dúvida importante para a concretização do conteúdo mínimo de efetivação do direito à moradia adequada.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. **O direito real de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície**. Disponível no: https://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie. Acesso em 28 de março de 2019.

AZEVEDO, Aluísio. **O Cortiço**. 8ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2012.

CAMARGO, Marco Antônio de Oliveira. **Direito real de laje. Explicando para quem eu entender.** Disponível no: https://jus.com.br/artigos/55548/direito-de-laje/2. Acesso em 28 de março de 2019.

Código Civil Português. Disponível em: https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991. Acesso em: 30 de março 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; DEBS, Martha El; DIAS, Wagner Inácio. **DIREITO DE LAJE**: do puxadinho a digna moradia. Salvador: JusPodvim, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 20-17, pág. 236.

KONZEN, Lucas Pizzolatto **"Boas aventuras na Passargada do Pluralismo jurídica ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna".** Prisma Jurídico, São Paulo, v.5, p. 169-184, 2006.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **O Direito de laje. Da admissão ampla da propriedade superficiária no Brasil.** São Paulo: YK, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. **O direito de superfície**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Juspodvium, 2013.

MELO, José Mário Delaiti de. **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660&revista_caderno=7. Acesso em Maio de 2018.

OLIVEIRA, C. E. E. de. **DIREITO REAL DE LAJE À LUZ DA LEI Nº 13.465, DE 2017: nova Lei, nova hermenêutica.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2017 (Texto para Discussão nº 238). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 de julho de 2017.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Nova lei, nova hermenêutica: novidades no Direito Civil pela Lei 13.465/2017**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-11/direito-civil-atual-novidades-direito-civil-lei-134652017 <Acesso em 08/2017>.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. ***Um Ano Longo Demais e os seus Impactos no Direito Civil Contemporâneo***, disponível no: http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/retrospectiva-2016-ano-longo-impactos-direito-civil-contemporaneo acessado em 12 de julho de 2017.

RANGEL, Helano Márcio Vieira Rangel; SILVA, Jacielene Vieira da. **O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL, E A SUA EFETIVAÇÃO À LUZ DO ESTATUDO DA CIDADE.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.6, n. 12. P. 57-78. Julho-Dezembro de 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre, Fabris, 1988. VI, 115p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **The Law of The Opressed: The Construction and Reproduction of Legality in Passargada**. Law & Society Review, Volume 12, Number 1, Fall 1977.

ISSNe 2595-1602

SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina: Mentes insanas em corpos rebeldes.** São Paulo: Scipione, 2003

STOLZE, Pablo; VIANA, Salomão. **DIREITO REAL DE LAJE – FINALMENTE, A LEI!** Disponível em: http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2017/07/direito-real-de-laje-finalmente-lei.html <Acesso em: 08/2017>.

STOLZE, Pablo. **Direito real de laje: primeiras impressões. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54931>. Acesso em: 12 jul. 2017.

TARTUCE, Flávio. ***Medida Provisória Introduz o Direito Real de Laje no Código Civil.*** Disponível em: http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2016/12/medida-provisoria-introduz-o-direito.html <Acesso em: julho de 2017)

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ISSNe 2595-1602

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA E DANOS EXISTENCIAIS

Direito Civil – Direitos da Personalidade e Reparação Civil

Mylena Rossato Marques[1]

RESUMO

Esse estudo aborda uma breve análise acerca da possibilidade de aplicação do instituto dos Danos Existenciais, relativamente novo na doutrina e jurisprudência brasileiras, vinculado ao Direito à Integridade Física e Psíquica, além de analisar a trajetória histórica dos mesmos, relacioná-los à Lei Maior e ao Novo Código de Processo Civil, bem como suscitar uma discussão acerca da monetização da reparação civil por danos extrapatrimoniais, sob a ótica do efeito negativo ao projeto de vida da vítima, ilustrado por um caso prático advindo de um momento relevante e delicado da história nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Danos Existenciais; Direito à Integridade Psicofísica; Reparação Civil; Código Civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará – UNIFESSPA. E-mail: rossatomylena@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito, como ramificação das ciências sociais e, em adição, campo moldado pela adaptação do comportamento humano em detrimento de uma sociedade fluida, necessita apresentar-se como uma matéria extremamente dinâmica, a fim de alinhar-se às tendências e padrões construídos ao longo do tempo.

Nesse sentido, verifica-se que os ordenamentos jurídicos de cada país, evidentemente, possuem inclinação à incorporação de ideias e conceitos que reverberam no cenário mundial, principalmente no que tange às conquistas de direitos fundamentais e sociais.

Assim, como representante destas mudanças em prol do bem comum, tem-se o instituto dos Danos Existenciais, surgido na Itália, nos anos 50, visando garantir uma reparabilidade mais abrangente no que concerne às lesões ao complexo de relações e ao projeto de vida de um indivíduo.

É importante salientar, de antemão, que tal modalidade de dano ainda está em processo de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, e causa diversas discussões à luz do Código Civil, da Carta Magna e do Novo Código de Processo Civil.

Entretanto, apesar de alvo de críticas, nota-se que há aplicação notória dos Danos Existenciais na seara do Direito do Trabalho, bem como uma tendência crescente da aplicação destes em Ações Civis relacionadas ao Direito à Integridade Psicofísica, como será oportunamente observado ao longo deste trabalho.

Isto posto, ressalta-se que o presente artigo versará sobre considerações sinópticas acerca da aplicabilidade, ao caso prático, dos Danos Existenciais vinculados ao Direito à Integridade Física e Psíquica, procedendo-se um estudo teórico a partir de textos notáveis de renomados juristas, artigos científicos e códigos brasileiros, a fim de analisar e propor soluções para a recepção de um instituto tão importante em relação às garantias sociais.

ISSNe 2595-1602

1) BREVES CONSIDERAÇÕES E SURGIMENTO DO DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA E DOS DANOS EXISTENCIAIS

Conforme prelecionam os ilustres doutrinadores Pamplona e Stolze (2014, p.186), os direitos da personalidade são aqueles que abrangem os atributos psíquicos, morais e físicos da pessoa em si e em suas projeções sociais. Desta feita, obtém-se a ideia de que o homem não deve ter somente o seu patrimônio material protegido, e sim, também, a sua essência, como um ser dotado de emoções.

Historicamente, tais direitos derivam da amplitude alcançada pelo tópico da dignidade da pessoa humana no século XX, que tomou proporções monumentais durante e após os horrores do período da Primeira e da Segunda Grande Guerra e da ascensão do liberalismo (movimento surgido no século XVIII, o qual influenciou significativamente as relações interpessoais e econômicas), tendo como um dos precursores o filósofo inglês John Locke, ferrenho defensor da igualdade entre os indivíduos e do inatismo dos direitos civis destes.

Entretanto, ressalta-se que, nesse mesmo lapso temporal marcado por tais conflitos bélicos, no Brasil, ainda não havia previsão de tais direitos no Código Civil de 1916, vez que tal documento era predominantemente voltado à esfera patrimonialista, herdada historicamente pelo modelo de Administração Pública de mesmo nome importado pelos portugueses quando estes instalaram, efetivamente, corpo burocrático em solo brasileiro.

No atual Código Civil (Lei 10.406/02), os direitos da personalidade, e, logicamente, os psicofísicos, encontram-se no Capítulo II, configurados como intransmissíveis e irrenunciáveis, bem como, também, ilimitados quanto ao seu exercício voluntário.

Evidentemente, tais direitos não encontram resguardo apenas na legislação cível, possuindo proteção assegurada pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental em seu artigo 5º, nos incisos III, XLVII (alíneas "c" e "e") e XLIX, que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", que "não haverá penas: (...) de trabalhos forçados; (...) cruéis" e que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", assim delineados.

Nesta senda, verifica-se a dinamicidade e a atemporalidade do Direito, bem como a tendência do ordenamento jurídico pátrio a incorporar, ou importar tendências de outros países, no que tange às conquistas sociais, relacionando-as com as aqui já existentes.

Assim, como exemplo destas "importações", têm-se os Danos Existenciais, espécie de dano extrapatrimonial tido como lesão ao projeto de vida dos indivíduos, trazendo, para a vítima, a impossibilidade de executar, de prosseguir ou de reconstruir o seu projeto de vida, causando, também, dificuldades - objetiva e subjetiva - para a pessoa recompor a sua vida de relações (MONTARROYOS, 2018).

Tal fenômeno surgiu na Itália, sendo trazido a um caso prático primeiramente no ano de 2000, pela Suprema Corte Italiana, através da decisão nº 7.713, datada de 7 de junho de 2000, que versava sobre abandono, por parte do pai, do filho, sem provê-lo sustento.

Cumpre ressaltar, oportunamente, que os mesmos não podem ser confundidos com os danos morais, já previstos na legislação pátria. Nesse âmbito, salienta-se, inclusive, que o reconhecimento do dano existencial, ao lado do dano moral revela-se de suma importância para a satisfatória reparabilidade do dano injusto extrapatrimonial cometido contra a pessoa, e para a proteção total do ser humano contra as ofensas aos seus direitos fundamentais. Desta feita, é possível destacar a autonomia do dano existencial frente aos danos que, possivelmente, podem guardar alguma relação com este, não descartando a hipótese de cumulação com os mesmos (ALMEIDA NETO, 2005).

Assim, é de suma importância verificar-se que os princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e o *neminem laedere* (responsabilidade aquiliana

ISSNe 2595-1602

"a ninguém ofender") são aqueles que alicerçam a responsabilidade civil por dano existencial.

Os danos morais,caracterizam-se pela deflagração da ofensa ou da violação dos bens de ordem moral de uma pessoa que prejudica a sua liberdade, honra, imagem e saúde, seja ela mental ou física (FERREIRA, 2016), enquanto os danos existenciais dizem respeito à questão objetiva do sofrimento psicológico pertinente ao cerceamento da liberdade do indivíduo, impedindo alguma atividade relevante à satisfação pessoal e, sobretudo, à realização do ser humano com os outros indivíduos no mundo (FROTA & BIÃO, 2011).

Infelizmente, tal modalidade tornou-se alvo de banalização entre os advogados, perdendo, portanto, credibilidade. Por esse motivo, não é absurdo considerar que a maioria dos casos de indenização não recebam essa nomenclatura, tanto na Itália quanto no Brasil, dificultando a identificação de casos práticos que, posteriormente, suscitariam discussões doutrinárias pertinentes acerca do tema.

2) ACEITAÇÃO DOS DANOS EXISTENCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA DOUTRINA BRASILEIRA

O dano existencial, por ser um instituto relativamente novo no cenário mundial, não é comumente utilizado no âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiro, além de ser, inclusive, desconhecido por considerável quantia de juristas aqui existentes. Em verdade, é notória, por enquanto, apenas uma aplicação desta modalidade de dano: na seara Trabalhista.

Entretanto, há um caso concreto interessantíssimo, voltado para tal instituto, o qual será analisado, de forma pormenorizada, eventualmente, neste trabalho.

Dando continuidade, verifica-se que, no Brasil, o Código Civil, ao versar sobre responsabilidade civil, aderiu ao sistema atípico indenizatório, vez que somente a culpa é insuficiente frente às demandas revestidas de garantias constitucionais. Apenas a comprovação do nexo causal e do dano basta na busca pela reparação judicial, configurando a chamada responsabilidade objetiva. Senão, vejamos:

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

Desta feita, é quase óbvia a admissibilidade deste instituto estrangeiro no ordenamento jurídico pátrio, haja vista sua importância no que tange aos danos sofridos pelos indivíduos e o espaço amplo e receptivo proporcionado pela dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

ISSNe 2595-1602

A Carta Magna brasileira também admite ressarcimento por danos imateriais em seus artigos 1º, III e 5º, V e X:

> *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
>
> *III - a dignidade da pessoa humana;*
>
> *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:*
>
> *V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*
>
> *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;*

Desse modo, não é vislumbrável óbice algum, em relação ao Código Civil e à Constituição Federal de 1988, no que concerne à incorporação do instituto dos Danos Existenciais.

Haja vista tais considerações, ressalta-se, entretanto, que o atual Código de Processo Civil busca uma tentativa de monetização dos danos tidos como subjetivos, o que acaba por dificultar uma criação (ou eventual incorporação) de um novo método ou instituto indenizatório.

Destaca-se, também, que, hodiernamente, o juiz é o principal ator na fixação do valor da indenização por danos extrapatrimoniais, conforme Batista (2014, p. 154):

> Apesar dessas dificuldades, o valor da indenização deve ser fixado na sentença, e o juiz ao fixar o valor, deve agir com prudência, com base nos critério da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme as especificidades de cada situação, de modo a não fixar valores ínfimos ou que importem em enriquecimento sem causa.

Portanto, as indenizações não devem conduzir a um enriquecimento sem causa:

> (...) Mas é unânime que nessa ponderação, o juiz deve levar em consideração a condição social e econômica do ofendido e do ofensor. Não porque a dor dos economicamente desfavorecidos tenha medos valor, ou porque tal indenização deva figurar como oportunidade de enriquecimento, mas sim ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram. (GONÇALVES, 2009, p. 385)

ISSNe 2595-1602

Desta feita, faz-se mister trazer à baila o princípio da investidura fática como sendo a melhor forma de se obter o *quantum* indenizatório, já que este traz a ideia de colocar-se no lugar da vítima para, então, fixar um valor que seja condizente com a reparação integral pelo dano sofrido.

Ainda, percebe-se, pelas disposições do Novo Código de Processo Civil, que os pedidos envolvendo dano moral não podem ser genéricos, devendo o autor, portanto, estipular um valor, e não mais o magistrado.

Assim, vejamos:

> Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...]; V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

Destarte, se, por um lado, tal medida visa impedir banalização desses direitos, por outro limita a área de abrangência e criatividade dos advogados, vez que não poderão utilizar-se desses novos institutos, como os danos existenciais, para aplicar ao caso concreto.

Tal constatação demonstra o cenário ainda conflituoso e repleto de debates acalorados no qual o Brasil se encontra acerca do tema em questão.

3) RELAÇÃO ENTRE O DIREITO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA E OS DANOS EXISTENCIAIS: APLICAÇÃO AO CASO PRÁTICO

Apesar de ser usualmente utilizado na seara Trabalhista, importa-se destacar, neste trabalho, um notório caso de utilização dos Danos Existenciais da esfera Cível, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PRISÃO POLÍTICA ILEGAL, SEVÍCIAS E TORTURA. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. IMPRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DOS DANOS A DIREITOS DA PERSONALIDADE OCORRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANOS MORAIS. **DANOS EXISTENCIAIS**. DANOS AO PROJETO DE VIDA. QUANTUM. NECESSIDADE DE SE COMPENSAR ADEQUADAMENTE OS GRAVES DANOS SOFRIDOS PELO AUTOR. PRECEDENTE (TJ-RS - AC: 70058189457 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 26/03/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/04/2014) (Grifo nosso).

A situação em questão versa sobre um rapaz que foi brutalmente torturado e preso cinco vezes durante a Ditadura Militar Brasileira (1964-1985) pelos crimes de

ISSNe 2595-1602

leitura de textos considerados como subversivos e pelo alegado envolvimento em compra de armas. Em decorrência disso, teve seu projeto de vida arruinado. Vejamos um excerto do relatório:

> "*Como sequelas dos atos praticados pelos agentes estatais de 'segurança', o autor tornou-se portador de transtorno mental denominado "Alteração permanente de personalidade após experiência catastrófica", codificada pelo CID-10 como F 62.0. (...) seviciado e torturado de forma tão acentuada e grave, que acabou ficando surdo de um lado (pelos bofetões no ouvido), sexualmente impotente (pelas palmatórias aplicadas em sua genitália), com diminuição da visão, fóbico (não consegue ficar em lugares fechados e nem entrar em elevadores), depressivo, ansioso, inseguro. Tão acentuadas foram essas sequelas que o autor foi considerado permanentemente incapacitado para o trabalho."*

Desta feita, verifica-se uma oportunidade perfeita de aplicação dos Danos Existenciais, visto que, desde 1972, ano do referido cárcere, a vida do cidadão em questão mudou para pior. A busca pela felicidade, constitucionalmente garantida, restou extremamente prejudicada, e, dessa forma, lançou-se mão desta modalidade de dano para uma tentativa de remediar essa calamidade social.

No âmbito da discussão anteriormente destacada no tópico 2 deste artigo, verifica-se, ao longo do relatório do Des. Eugênio Facchini Neto, a debilidade dessa tentativa de mensuração e valoração monetária envolvendo os danos extrapatrimoniais. Assim, vejamos:

> *O reconhecimento administrativo por parte do Estado da existência de conduta ilícita por parte de seus agentes públicos, com a outorga de indenização no valor de R$30.000,00, não afasta o direito do autor de buscar complementação da indenização, para adequá-la à importância e extensão dos danos sofridos. O valor pago administrativamente vale mais como um reconhecimento público dos erros estatais cometidos naquele período e um pedido formal de desculpas aos cidadãos lesados. Seu valor é mais simbólico do que efetivamente reparatório, uma vez que os danos sofridos pelo autor – e pelas demais vítimas da repressão – foram, na verdade, irreparáveis. O valor recebido administrativamente serve apenas como uma compensação parcial dos danos.*

Nesta senda, o relator ressalta ainda:

> *(...) quanto de dinheiro algum de nós aceitaria receber para padecer do mesmo sofrimento, ser submetido às mesmas agruras e levar consigo até o túmulo as graves sequelas referidas nos autos?*

ISSNe 2595-1602

No caso em questão, destacam-se violações gravíssimas aos direitos fundamentais da pessoa humana e, também, ao Direito à Integridade Física e Psíquica. Vejamos parte do relatório psiquiátrico:

> *"Não recebia água nem alimentação e era frequentemente espancado com golpes de karatê, socos no ouvido e com uma palmatória de madeira na região escrotal. (...) Não podia tomar banho nem usar escova de dentes. Não recebia nem sabonetes nem toalhas. Lhe foi proibido cortar o cabelo e as unhas. Não recebia visitas nem tinha acesso a nenhuma informação. A comida era servida fria e as luzes da cela permaneciam sempre acesas. O colchão e o cobertor eram retirados às 7 horas e só devolvidos na hora de deitar. Além das más condições, nos dois quartéis, era constantemente ameaçado de fuzilamento. Com frequência a cela era invadida à noite. Nestas ocasiões era obrigado a permanecer nu. Sofria ameaças e acusações por parte dos oficiais e os soldados cantavam versos que o ameaçavam de espancamento e morte."*.

Além disso:

> "*Durante o período da prisão sofria de insônia constante. Sentia falta de tato nas mãos e nos dedos e uma moleza no corpo. Iniciou a apresentar ginecomastia. Sentia-se preocupado e culpado em relação à mãe e às irmãs, pois sua casa era frequentemente invadida durante a noite e as mulheres ameaçadas de estupro. Mesmo após sua libertação, os sentimentos permaneceram. Sofria de cefaleia no lado direito da cabeça. Surdez no ouvido direito e diminuição da visão. Estava com impotência sexual. Permanente medo de ser assassinado. Até hoje não consegue ficar em lugares fechados. Passou a não conseguir andar em elevadores. Sente muita raiva dos militares e irrita-se com facilidade".*

ISSNe 2595-1602

Portanto, em decorrência dessas atrocidades, a vítima teve a vida permanentemente prejudicada, configurando, assim, aplicação notória de Danos Existenciais. Além disso, aplicou-se também o dano moral, pelo qual foi ressarcido, inicialmente, em uma quantia simbólica de trinta mil reais. Nessa perspectiva, o rapaz ingressou novamente em juízo na tentativa de obter uma resposta, tanto pela via de responsabilização do Estado pelo ocorrido, quanto pelo viés monetário, na busca de tentar recuperar parte do seu projeto de vida, que fora arruinado.

Tal caso demonstra-se de suma importância para a visibilidade deste tópico no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Também, apresenta-se como elemento ímpar para suscitar a íntima relação entre o direito à integridade psicofísica e os danos existenciais, proporcionando debates acerca da configuração e abordagem desses tópicos no cenário limitador proposto pelo Novo Código de Processo Civil.

4) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, resta perceptível a indubitável relação umbilical entre o Direito à Integridade Psicofísica e o instituto, recentemente importado, dos Danos Existenciais no que tange à imprescindibilidade dessa união para uma total reparabilidade do injusto extrapatrimonial cometido contra a vítima, como visto na jurisprudência supracitada (AC 70058189457, julgada em 26/03/2014, pela Nona Câmara Cível, relatada pelo Des. Eugênio Facchini Neto), que, neste trabalho, figurou como o mais puro exemplo prático de toda a dissertação teórica a respeito da aplicabilidade de tais institutos, conjuntamente.

Em adição, verificou-se que tal modalidade de Dano apresenta-se extremamente compatível com a atual Carta Magna e com o Código Civil Brasileiro, haja vista estar alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como na busca pela proteção dos direitos da personalidade, garantindo reparação civil por danos extrapatrimoniais, e afastando-se, ligeiramente, portanto, dos Danos Morais, mais comuns na doutrina brasileira.

Entretanto, apesar de bem recepcionado nesses dois cenários, destaca-se que o Novo Código de Processo Civil figura como um certo empecilho a uma prática mais recorrente dessa modalidade de dano no cenário jurídico pátrio ao delimitar, previamente, o valor a ser requerido para ressarcimento do injusto ocorrido, restringindo espaço para uma criatividade por parte dos operadores do Direito. Tal ressalva, no entanto, não deve representar óbice à resistência da discussão acerca de uma utilização mais assídua deste instituto, haja vista a relevância do mesmo na luta pela garantia da efetividade jurídica. Nesse sentido, um dos caminhos possivelmente utilizáveis no processo de resistência, como aludido anteriormente neste trabalho, é a utilização do Princípio da Investidura Fática, que representa o fato do magistrado ter a sensibilidade de “colocar-se no lugar da vítima”, axiologicamente.

Ressalta-se, também, que, na tentativa de estimativa de um *quantum* indenizatório, o juiz deve prezar pelo equilíbrio, buscando uma quantia que, obviamente, não suprirá a dor, a humilhação e as consequências negativas de um projeto de vida maculado, mas ajudará a vítima a lidar com certas intempéries provenientes desses prejuízos pessoais sofridos. Dessa forma, ainda, há de se destacar o descarte da hipótese de um enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra.

Nesse sentido, cumpre salientar, por fim, que a dinamicidade do Direito e a capacidade de incorporação e integração deste representam pontos chave para a evolução do ordenamento jurídico brasileiro no que tange à ampliação dos horizontes em busca de uma justiça mais sólida e eficaz.

5) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ISSNe 2595-1602

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais. **Revista de Direito**, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 1, p.143-170, março de 2014. Disponível em:<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireitoUFV/article/view/56/23. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.ht >. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058189457 RS.** 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto. Rio Grande do Sul, 26 de março de 2014. DJ, 10 abr. 2014. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115935911/apelacao-civel-ac-70058189457-rs . Acesso em: 20 jan. 2019.

FERREIRA, Vanessa Rocha. O dano existencial nas relações de trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. RBSD – **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3., n. 1, p. 97-116, jan./abr. 2016. Disponível em: < http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/download/74/61.> Acesso em: 22 jan. 2019.

FILHO, R.F.;GAGLIANO, P. S. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral - Vol. 1**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FROTA, Hindemberg; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 25, n. 20, cd. 3, 2ª quinz./out.2011, p. 711-717. Disponível em:

ISSNe 2595-1602

<https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2011/11/02/dano-existencial-fundamento-filosofico/> . Acesso em: 21 jan. 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** vol. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTARROYOS, Heraldo E. Danos existenciais na Justiça do Trabalho: a contribuição dos clássicos Marx & Engels, Weber e Durkheim. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano,**Campinas, v. 1, n. 1, p. 173-201, 2018. Disponível em: <http://www.revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/9/3>. Acesso em: 21 jan. 2019.

ISSNe 2595-1602

DIREITO AO ESQUECIMETO: UMA ANÁLISE DE UM INSTITUTO PERTENCENTE AO DIREITO DA PERSONALIDADE X DIREITO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

Ferdinando Rocha Silva*

RESUMO

O presente artigo versa sobre um instituto do ramo do Direito pouco ainda discutido, muitos até mesmo nem se quer ouviram falar, mas que tem trazido aos pesquisadores e juristas opiniões distintas e posicionamentos bem antagônicos. O Direito ao esquecimento tornou se pauta de discussão no Supremo Tribunal de Justiça no Brasil. O grande conflito existente no Brasil e no mundo é que esse instituto traz para analise duas importantes normas o Direito da Personalidade x Direito a Liberdade de Expressão. Assim chega se ao objetivo desse trabalho que é demonstrar a importância de tal discussão contribuindo também com elementos para que não possamos dar azo a uma ditadura vivida no passado, bem como não ferir alguns direitos da personalidade como a privacidade e honra.

PALAVRAS CHAVES: Conflito, Direito ao Esquecimento, Direito a Liberdade de Expressão.

ISSNe 2595-1602

* Acadêmico do 5º bloco do curso de Bacharelado em Direito na Faculdade CET – Centro de Estudo Tecnológico de Teresina.

1. INTRODUÇÃO

As dinâmicas mudanças que vivemos desde o princípio dos tempos nos remetem a parar algumas vezes e pensar que sempre vamos ter algo novo com que devemos ora nos adaptar ora questionarmos sobre tais mudanças se serão benéficas ou não para nós mesmos e principalmente para uma sociedade que se multiplica tão rápidos e ainda traz consigo novos padrões de vida de conduta novas necessidades que se somam á tudo que as gerações anteriores criaram e nos deixaram de heranças quais quer que que sejam suas qualidades boas ou ruins.

Todas as grandes civilizações, povos, sociedades cresceram sob um conjunto de mudanças naturais que os levaram a estabelecer "regras", de forma tal que se pudesse gerir melhor as necessidades, conflitos, anseios, as desigualdades, enfim estabeleceram de diversas formas e maneiras, "direitos e deveres, uns para com os outros e todos para com tudo".

Todas essas normas criadas com o objetivo de estabelecer a ordem e a harmonia, também acompanharam as diversas temáticas sociais, dando origem a um ordenamento jurídico bastante complexo, mas bastante especifico para cada caso, por exemplo: os direitos humanos que esta relacionado á garantia de uma vida digna a todas as pessoas, direito sociais que garantem os indivíduos condições de igualdade no usufruto dos direitos fundamentais, direitos civis, que são direitos dados por lei a todos os cidadãos, enfim são muitas as leis que regem nossas vidas. No entanto é comum também percebermos conflitos a essas diversas "leis" e as variadas interpretações jurídicas e sociais a qual são submetidas constantemente, fazendo jus ao que citamos inicialmente aos falarmos de dinâmica e mudanças.

No Brasil, devido a toda essa velocidade e avanço tecnológico e dos meios de comunicação e ainda a forma de como esses dados são repassados e arquivados deu se origem a uma discussão ou se preferirem a uma colisão de direitos que fomentou teses e analises bastante peculiares, ambas com suas razões e fundamentações dentro do campo jurídico. Em 2013 na VI jornada de direito civil do CJF/STJ, que defendia a existência do "direito ao esquecimento" como expressão da dignidade da pessoa humana, resgatada ali pela interpretação do código civil que reconhece o "direito ao esquecimento" como elemento do direito da personalidade, senão vejamos:

> **Art. 11 do Código Civil Brasileiro** - Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntarias.

O mesmo artigo fundamentou o enunciado 531 VI da jornada outrora citada, que diz. "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais.

Surge ai o direito de atribuir a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso

ISSNe 2595-1602

que é dado os fatos pretéritos, mas especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

O direito ao esquecimento é um instituto que levanta questionamentos sobre a constitucionalidade do direito da informação e a liberdade de expressão. As correntes antagônicas do reconhecimento ao direito ao esquecimento defendem a liberdade de informação como uma garantia constitucional, conquistada a duras pena é que deve se respeitar na integra do art. 220 da Constituição Federal Brasileira – CF:

> **Art. 220, CF** - A manifestação do pensamento, a criação ,a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta constituição.

Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha, como se observa a Convenção Americana sobre Direito Humanos, em seu art, 13º, senão vejamos:

> **Artigo 13 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos** - Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

ISSNe 2595-1602

O fato que após toda essa discussão e correntes distintas sobre o direito garantido na Constituição Federal que é de liberdade de expressão, informação e o novo instituto chamado de “Direito ao Esquecimento”, considerado por muitos como um de direito da personalidade, da privacidade do individuo o que no direito comparado, já não é novidade, faz surgir a possibilidade de uma tese a ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, atendendo, é obvio, tanto o art. 11, bem com o art. 220 do Código Civil e o mais importante, fundamentando de fato e de direito a resposta que buscamos com a produção deste artigo, sobre o direito ao esquecimento poder ser algo que contribui para o processo de ressocialização ou trará motivos para revivermos a amarga cesura de outros tempos ainda fresco nas nossas memorias .

2. EVIDENTE CONFLITO E NORMAS

2.1 Direito da Personalidade

Segundo o nosso ordenamento jurídico o “Direito da Personalidade”, traz como conceito na sua essência, um conjunto de atributos do ser humano, como por exemplo; cor, nome, imagem e a privacidade, tais não são taxativos e sim exemplificadores.

Os quatro exemplos acima citados são características especificas de cada todo individuo, que se identifica como ser humano, e o novo ordenamento têm formas diferentes de tutelar esse direito.

O primeiro deles é a forma preventiva. A simples ameaça de lesão a qualquer atributo desses o indivíduo pode requerer a prestação jurisdicional.

A segunda é a repressiva que é quando o ato já foi praticado e tem por finalidade evitar que seus efeitos atinjam a esfera jurídica a particular (lesão e indenização).

Pode se constatar com clareza no art 12 do CC que "Pode se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade e reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções, previstas em lei".

Como dito anteriormente o Direito da Personalidade tem alguns atributos bem característicos, também previstos no art.11 do mesmo ordenamento jurídico, "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntaria", e que serão discutidos em seguida:

A. Intransmissíveis

Os direitos da personalidade pertencem ao seu titular não podem ser transferidos para outras pessoas. Devemos também observar o parágrafo único do art. 12 CC, senão vejamos:

> **Art. 12** - Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau

Portanto, admitindo a tutela pós morte e ainda o art. 20 CC, que diz:

> **Art. 20** - Salvo se autorizadas ou se necessárias á administração da justiça ou á manutenção da ordem pública a divulgação de escritos a transmissão da palavra, ou a publicação a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa, poderão ser proibidas a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber se lhe atingirem a honra a boa forma ou a respeitabilidade ou se destinarem a fins comerciais.
> **- Parágrafo Único** - Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legitimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Dessa forma, percebe-se que os direitos de personalidade depois da morte de seu titular podem ser protegidos por seus parentes em linha reta, como cônjuge, ascendentes e descendentes, provando assim a importância de tais direitos.

B. Irrenunciáveis

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis porque seu titular não pode abrir mão dos direitos dos personalíssimos, inerente a pessoa dele.

C. Ilimitados

Os direitos da personalidade são ilimitados porque não há como quantificar, numerar ou namorar todos os direitos da personalidade.

D. Absolutos

ISSNe 2595-1602

Os direitos de personalidade são absolutos porque são oponíveis erga Omnes, ou seja, se espera um comportamento negativo dos outros, inclusive do Estado, no sentido de proteção aos direitos de personalidade.

E. Extrapatrimoniais
Os direitos da personalidade não estão inseridos na esfera patrimonial da pessoa, não estão sujeitos a valores ou aferição econômica. Não se podem valorar os direitos da personalidade, por exemplo: Quanto vale a vida? Quanto vale a honra de uma pessoa?

F. Impenhoráveis
O direito da personalidade é impenhorável pois são extrapatrimoniais, portanto, são insuscetíveis de valoração econômica.

G. Indisponíveis
Os direitos da personalidade são indisponíveis já nem sempre a pessoa pode dispor da forma que quiser de seus direitos da personalidade, como exemplo, o pai não pode doar o coração para salvar a vida de um filho, pois a integridade física e a vida são indisponíveis.

H. Imprescritíveis
Os direitos da personalidade são imprescritíveis, porque podem ser exercidos a qualquer tempo. Não se perdem os direitos da personalidade por não ter exercido no decurso de algum tempo.

ISSNe 2595-1602

2.2. Liberdade de Expressão

O artigo 5º da Constituição Federal traz a seguinte redação:

> **Art. 5º, CF** - 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 á vida, á liberdade, á igualdade, á segurança e a propriedade nos termos seguintes.
>
> (...)
>
> **IX -** É livre a expressão da atividade intelectual artística, cientifica e da comunicação, independentemente de censura ou licença.

Agora dependendo de como se da respectiva interpretação da norma, a pessoa pode ser responsabilizada. Vale ressaltar que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Censura: significa o controle ao que submete previamente a qualquer texto ou programa que será posto ao público.

Licença: Autorização previa por órgãos oficiais para qualificação de periódicos.

De acordo com Mendes, Coelho, Branco, “O direito de falar e de calar, quando se pensa em liberdade de expressão (art. 5º, IV da Constituição Federal) não deve ser dado a ninguém, muito menos ao Estado (2008, p.359).

A par disso tudo, a restrição ao direito de se expressar livremente representa um exercício de violência, por parte de quem promove a censura, seja o Estado ou o próximo, na medida em que viola a abrangência totalizante da dignidade da pessoa humana, visto que a liberdade propugna pela auto-realização da pessoa humana”, citado por Alexandre Gazetta Simões(2018).

A liberdade de expressão é um direito Universal comum a todos os cidadãos, sendo assim todos livres para expressar suas ideias.

O julgamento dessa expressão acontece pelo debate, o que também parte do princípio da tolerância em aceitar opiniões contraria, avaliando também a possibilidade de revisão dessas nossas ideias em detrimento a outras garantias fundamentais.

Dizer que a democracia nos da à liberdade de expressão, dando o parecer que podemos falar o que quiser, quando quiser é um erro, mas também não é censura e é claro que pode ter consequência. Não há nada em nossa constituição que determine censura a qualquer coisa. Na verdade é que podemos ser responsabilizados pelo o que expressamos se isto ofender a dignidade de alguém de maneira, ofensiva, preconceituosa ou de maneira a instigar a violência.

A liberdade de expressão é um dos fundamentos das democracias modernas, sendo equiparada ao status constitucional primeiro pela Constituição Americana e a partir daí foi irradiado para outros países.

Em meio às inovações Tecnológicas e avanços nesse meio cibernético de comunicação o poder estatal tenta regulamentar o que vai ser expresso nessa mídia cada vez mais atual e bem maior, onde milhões de pessoas estão conectadas em tempo real, onde o usuário da internet que está atrás de uma tela e não presencialmente na frente de uma pessoa, deixando as pessoas mais a vontade para ofender ou divulgar o que quiser , manifestando assim sua opinião sem cuidados necessários. Mas existem alguns fatores limitadores legais com a vedação ao anonimato, o direito de resposta, o direito de indenização enfim.

O Marco Civil da Internet, como é oficialmente chamada a Lei nº 12.965/14 é a legislação que regula o uso da internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direito e deveres para quem usa a rede mundial, bem como a determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

É importante também citar que no Brasil a exemplo de outros países passou a contar com uma legislação especifica para a proteção de dados e da privacidade dos seus cidadãos que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) de nº 13.709/18, similar a *Geral Data Protection Regulation (GDPR)* na União Europeia.

A legislação é fundamentada em diversos valores, como o respeito á privacidade; autodeterminação informativa; á liberdade de expressão, de informação; de comunicação e de opinião, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; ao desenvolvimento econômico, tecnológico e da inovação; à livre iniciativa; livre concorrência e defesa do consumidor e aos direitos humanos, liberdade e dignidade das pessoas.

ISSNe 2595-1602

3. O CASO ROGER ABDEL MASSIH

Filho de libaneses, Roger foi um profissional nacionalmente conhecido por ter realizado inseminação artificial, com êxito, em diversas personalidades brasileiras, como as esposas de Pelé, o ex-presidente Fernando Collor, o humorista Tom Cavalcanti, a jornalista e apresentadora Fátima Bernardes, o senador Renan Calheiros, a cantora Gretchen, dentre outras. Um dos casos mais divulgados foram as filhas gêmeas do apresentador de televisão Gugu Liberato.

3.1 Acusação de abuso sexual

Desde o início de 2009, diversas fontes da imprensa brasileira noticiaram acusações de que o médico teria abusado sexualmente de diversas de suas clientes, apesar de negar as acusações. O número de denúncias passa de 60 ex-pacientes, vindas de três estados diferentes. Abdelmassih defendeu-se das acusações, dizendo estar sendo perseguido por clientes insatisfeitos e sofrendo armação de concorrentes. No dia 17 de agosto de 2009, o Juiz da 16ª Vara Criminal de São Paulo Bruno Paes Stranforini decretou a prisão de mesmo. Em 24 de dezembro do mesmo ano, após quatro meses de cadeia, foi solto após o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, ter concedido na véspera habeas corpus revogando a prisão preventiva do médico.

O médico, que teve seu registro profissional cassado em 20 de Maio de 2011, foi condenado em 23 de novembro de 2010, a 278 anos de prisão pela juíza Kenarik Boujikian Felippe, da 16ª Vara Criminal de São Paulo. Foi acusado de 52 estupros de pacientes em sua clínica, localizada em uma área nobre da capital paulista. O advogado dele, José Luís de Oliveira Lima, confirmou a decisão ao e disse que iria recorrer. Foram três condenações por estupro, algumas por atentado violento ao pudor e em alguns casos houve absolvições.

Apesar de condenado, e não poder recorrer da decisão em liberdade inicialmente, Abdelmassih conseguiu, por decisão do Ministro Gilmar Mendes, através de liminar concedida no habeas corpus impetrado no Supremo Tribunal Federal, o direito de recorrer em liberdade, logo após notícias de que o médico estaria buscando a renovação do seu passaporte, foi solicitada a prisão dele, pois acreditava-se que o mesmo pretendia fugir do país, antes que pudesse ser capturado, ele fugiu no início de 2011, figurando na lista de criminosos procurados pela Interpol como também na lista dos 25 criminosos mais procurados pela Polícia Civil de São Paulo. Na época, supôs-se que ele teria fugido pela fronteira do Paraguai, seguindo para o Uruguai, de onde, com passaporte falso, teria fugido para o Líbano, país com o qual o Brasil não tem tratado de extradição. No entanto, ele esteve o tempo todo no Paraguai, onde se passava pelo empresário paraguaio Ricardo Galeano.

Casou-se com a ex-procuradora da república Larissa Maria Sacco, com quem teve dois filhos gêmeos. Larissa pediu exoneração do cargo no Ministério Público Federal em 2011 e fugiu com o marido, 36 anos mais velho.

ISSNe 2595-1602

3.2 Prisão

Após mais de três anos procurado pela polícia brasileira, Roger Abdelmassih foi preso pela Polícia Federal na tarde de terça-feira, 19 de agosto de 2014, às 13h25 (horário do Paraguai). A prisão ocorreu nas proximidades da escola onde deixaria seus filhos e a esposa Larissa. Roger estava vivendo em Assunção, capital do Paraguai, com a mulher e dois filhos gêmeos, de três anos, um menino e uma menina, onde usava o nome Ricardo e vivia uma vida de luxos. Em 20 de agosto de 2014 ele chegou ao Brasil e foi direto para a Penitenciária II de Tremembé.

A defesa de Roger, composta pelo ex-ministro da justiça Marcio Thomaz Bastos e pelo advogado José Luis Oliveira Lima, não quis comentar a prisão dele. Em nota assinada por ambos os defensores, a defesa afirmava que ainda aguardava o resultado de recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo contra a condenação em primeira instância. Mesmo com a fuga, os advogados ainda podiam recorrer aos tribunais superiores em Brasília.

A Promotoria paulista também recorreu dessa decisão com o intuito de aumentar a pena, que soma 278 anos de prisão. Apesar de a condenação beirar três séculos, a legislação brasileira impede prisões por mais de 30 anos.

Em 29 de setembro de 2017 o ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal concedeu decisão favorável ao médico para que ele cumpra sua pena em prisão domiciliar. Para tomar a decisão, Lewandowski levou em consideração o comportamento e também o quadro clínico de problemas cardíacos do ex-médico. Com esta decisão, ele cumpre sua pena no apartamento da esposa na cidade de São Paulo. Sua defesa alega que ele precisava de tratamento permanente por conta de uma insuficiência cardíaca crônica.

ISSNe 2595-1602

3.3 Esquecimento

O ex-médico Roger Abdelmassih deixou uma herança maldita para sua família. Seu nome virou um estorvo. Condenado a 181 anos de prisão pelo estupro de 37 pacientes e atualmente cumprindo prisão domiciliar por problemas de saúde, ele acaba de sofrer mais uma derrota na Justiça: seu filho adotivo, o médico Vicente Ghilardi, ganhou uma ação contra o pai por danos morais, que lhe renderá uma indenização de R$ 30 mil. Na decisão a favor de Vicente, a desembargadora Fernanda Gomes Camacho, do Tribunal de Justiça de São Paulo, disse que ele sofreu constrangimento no âmbito profissional, familiar e pessoal pelo escândalo envolvendo o nome Abdelmassih. Durante 15 anos, Vicente trabalhou na clínica de reprodução assistida do pai e tinha 1% de participação no negócio. Depois que o pai foi condenado e preso, ele continuou trabalhando com reprodução assistida e sofreu prejuízos profissionais e tentativas de penhora dos bens pessoais.

“Eles têm o mesmo ramo de atividade, o mesmo sobrenome e isso acabou afugentando grande parte da clientela de Vicente”, continua “O principal não é o valor

da ação, mas a decisão ter dissociado o filho médico do pai. Ele espera não ser lembrado mais como um Abdelmassih." diz o advogado Marcelo Giraldes.

Vicente atende hoje na Clínica Embryo Fetus, do especialista em medicina fetal Sang Cha, junto com a irmã, a embriologista Soraya Ghilardi. Os dois são filhos adotivos do ex-médico e ambos abandonaram o nome Abdelmassih, passando a utilizar apenas o sobrenome da mãe. Pelo menos dois de seus netos fizeram pedidos judiciais para mudar de nome.

4. CONCLUSÃO

Este novo instituto recentemente colocado à mesa para a discussão e claro para uma uniformidade de entendimentos dentro do conflito gerado por ele entre o direito da personalidade aqui, garantindo a intimidade do cidadão e a liberdade de expressão que também é um direito fundamental garantido pela constituição. Surge aí a necessidade de uma discussão mais ampla, acadêmica e jurídica para que o resultado não venha a ser injusto, haja vista termos opiniões diversos e correntes distintas.

O direito ao esquecimento é baseado em garantias constitucionais como a vida privada, a honra e a intimidade, esse direito evita que fatos passados, sejam expostos ao público trazendo constrangimento á familiares.

A velocidade da informação via a redes sociais e avanço tecnológico da internet, torna muito mais difícil controlar a divulgação das informações, que tem fontes infinitas de dados, observei aí então um conflito entre normas com decisões judiciais distintas em casos diferentes, mas com o mesmo pedido, o direito ao esquecimento, um referente ao caso da chacina da candelária e outro referente ao caso Aída Cury, que traz a importância histórica, considerando um caso de interesse público que se sobrepôs à memória da família da vítima, por tanto não podemos ainda garantir a absolutividade desse novo instituto.

Outros casos de grande repercussão com o citado no artigo do caso Roger Abdelmassih, dão continuidade a discussão entre esse instigante conflito de normas, por fim acredito que não devemos dar azo ao que vivemos na ditadura ,mas devemos usar efetivamente da hermenêutica jurídica, bem como o princípio da ponderação, balizando assim o que deve ser esquecido ou não.

REFERÊNCIAS

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

ISSNe 2595-1602

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm, consultado em 28 de maio de 2019, às 14h51min.

BRASIL. Decreto nº Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678. Htm>. Acesso em 15 de março de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. "The right to be let alone": o direito ao esquecimento. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/28362>. Acesso em: 15 mar. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. O Direito ao esquecimento na sociedade da Informação.1. ed,2019, livraria do advogado Editora <http://blogs.estadao.com.br/link/a-internet-precisa-nos-permitir-esquecer-diz-professor-viktor-mayer-schonberger/>. Acesso em: 16 mar. 2019.

Enunciado 531, VI Jornada de Direito Civil

<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SIMÕES, Alexandre Gazzeta. A abordagem constitucional da liberdade de expressão. DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8017/A-abordagem-constitucional-da-liberdade-de-expressao>. Acesso em 17 de março de 2019.

Géssica Brandino. Caso Roger Abdelmassih: médico cometia abusos sexuais em clínica de fertilização. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/caso-roger-abdelmassih-medico-cometia-abusos-sexuais-em-clinica-de-fertilizacao/>. Acesso em 05 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

ISSNe 2595-1602

INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA POR SUAS MENSAGENS PUBLICITÁRIAS

Direito Civil - Responsabilidade Civil

Anna Carolina Gruner Maia[1]

Juliana Machado Nobre[2]

Marcella Cristina Gruner Maia[3]

Carla Fernanda Rangel Silva Carvalho[4]

RESUMO: O presente estudo visa discutir as principais questões atinentes à responsabilização jurídica dos influenciadores digitais por suas mensagens publicitárias, em redes sociais. Os *digital influencers* são indivíduos que ganharam notoriedade no mundo virtual em razão da divulgação de um atrativo conteúdo e do crescente número de seguidores e compartilhamentos. Como resultado, as grandes empresas, atentas às demandas do mercado, não mais procuram artistas para serem o rosto de suas propagandas, mas esses novos criadores de conteúdo que, nas próprias redes sociais, propagandeiam os produtos e serviços. Dessa forma, durante o presente trabalho serão destacados os conceitos básicos necessários ao desenvolvimento do tema e, ainda, pretende-se discutir como ocorre a responsabilização desses influenciadores na prática e quais são os embasamentos jurídicos para tanto.

Palavras-chave: Responsabilidade Jurídica. Influenciadores Digitais. Mensagens Publicitárias.

ISSNe 2595-1602

[1] Pós-Graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MINAS. E-mail: carolgrunermaia@gmail.com

[2] Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense, UFF. Estagiária no escritório Esteves de Carvalho Advogados Associados. E-mail: juliananobre@id.uff.br

[3] Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes, UCAM. Chefe de Divisão na Advocacia Geral da União. E-mail: marcellacbm3@hotmail.com

[4] Orientadora: Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Juíza Leiga, Advogada, Professora Universitária Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: direito.carlacarvalho@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da sociedade de exposição, o usuário da internet tornou-se cada vez mais vulnerável dentro do cenário jurídico. Isso demandou do direito uma necessária e rápida adequação à nova realidade digital, levando a Presidência da República do Brasil a sancionar a Lei 12.965/14, também chamada de Marco Civil da Internet, como forma de revolucionar o mundo jurídico e solucionar as controvérsias suscitadas por quem utilizava a ferramenta.

A referida lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres relacionados ao uso da rede, no Brasil e, ainda, traz normas de caráter processual para a proteção de direito relacionado ao uso da internet, bem como impõe obrigações de responsabilidade civil aos usuários e provedores. De fato, são muitas as garantias adquiridas, por exemplo, o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em que pese ser a lei um enorme avanço, não houve a devida proteção e tratamento dos dados pessoais, de seu uso, destino ou comercialização nos artigos da legislação. Desse modo, diante da regulamentação genérica e incompleta e dos últimos escândalos, envolvendo o vazamento de dados pela plataforma *Facebook*, o Senado Federal aprovou a Lei 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), embora ainda em vacância, supre muitas das lacunas deixadas pelo Marco Civil e insere o Brasil no rol de mais de cem países que, hoje, podem ser considerados adequados para proteger a privacidade e o uso de dados.

Para a Lei 13.709/18, dado pessoal é definido como qualquer informação que identifique diretamente ou torne identificável uma pessoa natural. Já o tratamento - relacionado aos Agentes de Tratamento que mantêm os registros de todas as operações de tratamento de dados - é toda operação realizada com dados pessoais, tais como a coleta, utilização, acesso, transmissão, processamento, arquivamento, armazenamento e transferência.

Como a LGPD foi criada com base na publicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), é fácil verificar algumas preocupações reflexas. No comércio eletrônico, por exemplo, é imprescindível, via de regra, que haja o consentimento do usuário e, para tanto, as informações devem ser de fácil acesso e de forma gratuita ao usuário, sempre de modo a facilitar a revogação do consentimento e a alteração da finalidade se não houver mais compatibilidade com a vontade original. Tal consentimento pode, inclusive, ser dispensado, conforme previsto na LGPD, utilizando-se do processo de anonimização[1].

Ainda sobre comércio eletrônico, de acordo com a redação da LGPD, no que tange à transferência internacional de dados, somente será permitida e possibilitada aos países e organismos internacionais que oferecerem segurança e proteção compatível com a lei brasileira ou disponibilizarem garantias do regime de proteção de dados locais.

Isso porque o usuário de redes sociais e afins é um consumidor em potencial, tendo em vista que é influenciado pelos conteúdos que visualiza, diariamente, sendo alvo de um novo tipo de publicidade e marketing, o que demanda, mais ainda, uma proteção eficaz.

ISSNe 2595-1602

Nesse cenário, em que se encontram pessoas sedentas por absorver informações de um modo mais rápido e acessível e as necessidades crescem tão rápido como *megabits*, surgem os *digital influencers,* conhecidos, também, como influenciadores digitais, isto é, pessoas com grande quantidade de seguidores que possuem poder de persuasão e influência nas redes sociais.

Em razão da enorme visibilidade que possuem, os influenciadores digitais precisam ter cuidado ao disseminar conteúdos publicitários para não serem responsabilizados por atrapalhar os negócios das empresas contratantes ou por semear um mau uso de determinado produto ou serviço pelos consumidores, causando, assim, um dano coletivo.

Destarte, em razão do intenso tráfego de informações que o meio digital é capaz de produzir e da crescente exigência dos consumidores virtuais pela aplicação da lei supracitada, nas relações digitais, bem como da necessidade de se proteger todos os indivíduos da líquida sociedade virtual, necessário se faz compreender o fenômeno da responsabilização dos influenciadores digitais por mensagens publicitárias.

Este projeto tem, então, o propósito de desenvolver uma abordagem qualitativa, focada, especificamente, em entender como está sendo compreendida e aplicada a responsabilização jurídica dos influenciadores virtuais, tudo isso de modo a identificar as principais conceituações, as vertentes do fenômeno e as posições adotadas sobre o tema trazido, seja analisando a legislação, ou mediante investigação dogmática.

ISSNe 2595-1602

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Influenciadores Digitais

Certo que todos já ouviram na escola, ou pelo menos alguma vez, que o papel da mídia é formar opinião,[2] a partir da conscientização e do estímulo a um pensamento crítico em cada cidadão. Em outras palavras, a mídia seria responsável por exercer uma influência capaz de estimular cada indivíduo a buscar seus direitos e cumprir seus deveres, atuando como um agente social transformador e como um grande aliado da cidadania.

Entretanto, devido às demandas da própria sociedade, o cenário da mídia atual se encontra, cada vez mais, conectado à propagação da internet. Inclusive, são os programas, os vídeos, as publicações, as postagens e até as plataformas *onlines* que arrecadam mais investimentos publicitários e, consequentemente, mais atenção do público-alvo. No ambiente onde se encontram pessoas sedentas por absorver informações de um modo mais rápido e acessível, surgem os chamados *digital influencers*.

Esses indivíduos que se autodenominam influenciadores digitais ou criadores de conteúdo - expressão auto indicativa de adjetivo positivo ou relevância social - possuem um perfil, uma página ou um canal, no qual divulgam um conteúdo atrativo

e cativante, com o intuito de conquistar mais seguidores e obter o maior número de compartilhamentos possíveis. São pessoas que ganharam notoriedade nas redes sociais e possuem um vasto número de fãs que se alinham às suas ideias.

Em outras palavras, são indivíduos que possuem uma enorme facilidade de obter novos seguidores em suas redes sociais, devido ao conhecimento que detêm sobre uma gama de assuntos, geralmente, relacionado a um nicho específico. É exatamente essa característica, qual seja, o poder de influenciar vários seguidores, consubstanciado, inúmeras vezes, em um público alvo específico, que empresas de publicidade os procuram, tendo em vista que esses profissionais digitais usam sua imagem, sua reputação e seu nome para agregar valor às marcas e aos serviços que anunciam.

Na verdade, Issaaf Karhawi (2016. p.42) dispõe que o que se vê é uma inversão de valores, isto é, o influenciador digital não comercializa apenas produtos de marcas parceiras em sua rede social ou em seu blog, ou apenas negocia o preço de postar vídeos contando sobre as inúmeras qualidades da mercadoria. Ao contrário, ele monetiza sua própria imagem, tornando a si próprio como um commodity[3]

> A tendência de comunicação está no fato de que, agora, os influenciadores constituem-se como marcas e, em muitos casos, constituem-se como veículos de mídia. Não estamos apenas lidando com influenciadores no ambiente digital, um sujeito revestido de capital simbólico e que engaja e influencia nichos. O influenciador contemporâneo está nas capas de revistas, em propagandas de televisão, na lista de best sellers das livrarias, estrelando campanhas de grandes marcas.

ISSNe 2595-1602

Nessa esteira, impende destacar que inexistem padrões sólidos que possam definir quais são as características necessárias para que uma pessoa seja considerada um influenciador digital, tendo em vista que a internet democratizou o conteúdo, por mais variado que seja. Assim, é bem verdade que, embora qualquer pessoa possa ter um perfil e expressar sua opinião no mundo digital, não são todos que dispõem de seguidores suficientes para que se configurem como influenciador.

Trata-se de uma questão de confiança, de autoridade e de credibilidade que aquele criador de conteúdo possui com seu público devido ao nível de exposição que se submete, diariamente. Seus seguidores sabem sua rotina, seus gostos, seus interesses, e até assuntos familiares. Por essa razão, os influenciadores digitais podem ser classificados em micro influenciadores que influenciam as pessoas em pequena escala, enquanto os influenciadores digitais em *stricto-sensu*, como os *youtubers* que possuem milhões de seguidores.

Ambos trazem um resultado vantajoso e "servem como mercado intermediário entre as organizações, marcas, produtos e a opinião pública digital". A influência dos micro influenciadores é manifestamente eficaz, isso porque embora não possuam muitos seguidores em suas redes, detêm um vasto alcance de adeptos em seu nicho específico e reduzido. Da mesma forma, se veem os influenciadores digitais em *stricto-sensu*, que detêm um poder de influência gigantesco dentro do mundo digital da informação e da *Web*.

Nesse sentido, brilhante são as palavras Karhawi (2016. p.46):

> A diferença entre um influenciador digital e uma celebridade é justamente o sujeito, o Eu. O influenciador digital, digital influencer, creator, ou a denominação vigente que for, é um sujeito que preserva o seu Eu. Enquanto uma celebridade está distante, sob holofotes, traçando um caminho de sucesso que parece muito distante de quem os assiste no cinema ou na televisão, os influenciadores digitais estão no Facebook, no Instagram, no Snapchat, em espaços ocupados por "pessoas comuns" com quem dialogam em igualdade.

No mais, há razão para as empresas buscarem influenciadores digitais ao invés de celebridades comuns. Ora, todos os produtos, em regra, estão relacionados a um ramo específico de vendas, contratar um *digital influencer* "significa abrir um novo canal para se conectar a um novo consumidor, de um jeito mais direto, orgânico e com escala" de modo a "combater o bloqueio – seja tecnológico, psicológico ou moral – às peças publicitárias, cada vez mais rejeitadas pelo público" nas palavras de Vieira (2016). Os influenciadores digitais se tornaram uma profissão altamente valorizada, como menciona Ivana Bentes (2018. p.164):

> Uma série de reportagens realizadas pela BBC Brasil, intitulada de Democracia *ciborgue* aponta para a intensificação dessas práticas desde as eleições de 2014 e sua intensificação em 2018, com a profissionalização dos serviços oferecidos por empresas de mídia e marketing baseadas nos influenciadores digitais, sejam eles humanos, ou bots, capazes de produzir uma "maioria artificial", induzir comportamento de manada, subir hashtags no Twitter, sustentar opiniões em uma conversação, em comentários, postagens, etc.

ISSNe 2595-1602

Logo, por mais que qualquer indivíduo tenha visibilidade pública em razão de um perfil, isso não significa que ele se tornará um influenciador digital que influencia as demais pessoas na sociedade de exposição virtual. São apenas essas pessoas que são procuradas por empresas.

Assim, considerando que apenas esses indivíduos são capazes de reunir um grupo massivo de seguidores que consomem conteúdo *online* diariamente, não é difícil imaginar que grandes empresas trocariam um pequeno anúncio no rodapé de revistas e jornais e propagandas de poucos segundos na TV, por um *merchandising* de um influenciador que será visto por todos, mas principalmente pelo seu cliente ideal.

Para uma empresa, o mais importante na hora da contratação de um influenciador digital é seu engajamento, adquirido com o aumento da sua credibilidade perante os seus seguidores. Isso se conquista por meio da transparência, do consumo do produto de forma orgânica, bem como da publicidade sinalizada.

Por conseguinte, percebe-se uma tendência do marketing e da publicidade em priorizar o mercado digital em detrimento de outros meios de comunicação[4]. Assim, resta demonstrado seu poder quase que exclusivo, de que o acesso ao conteúdo difundido por um influenciador é muito mais rápido e barato do que aquele posto em um jornal impresso, por exemplo. Além disso, o uso da internet para difusão de empresas, produtos ou serviços apresenta os melhores custos-benefícios. Um

trabalho confeccionado por Batista Luz Advogados (2019), demonstrou o impacto que o marketing através dos influenciadores digitais possui no mercado.

> Em 2019, a pesquisa anual realizada pela Mediakix apontou que 80% dos publicitários acreditam que o marketing de influência é efetivo e que 17% das agências entrevistadas irão investir metade ou mais do seu orçamento com a estratégia.

Não há como negar que a internet modificou o conceito de publicidade e marketing. Hoje, não falamos mais de apenas anúncios em jornais, revistas, televisão ou em *outdoors*, a internet se tornou uma ferramenta altamente acessível, desde que o consumidor possua um computador, um *tablet*, um celular, por exemplo.

Contudo, como o fenômeno ainda é bastante recente, fluido e não apresenta legislação suficiente ou regramento adequado, gradativamente, novos problemas surgem na ótica das relações jurídicas entre influenciadores e seguidores digitais. Notícias de propagandas enganosas, publicidades ilícitas e até mesmo de não cumprimento de contratos entre empresas e blogueiros[5] começam a ganhar força e obrigam os operadores do direito a pensar na responsabilidade civil desses influenciadores, diante do Código de Defesa do Consumidor e seus preceitos de proteção, assim como no que dispõe o Código Civil brasileiro.

Um dos casos mais emblemáticos e recentes que traz à tona a discussão jurídica que aqui se pretende travar é do *youtuber* Julio Cocielo[6]. Nascido em Osasco, em 1993, o influenciador ficou conhecido pelos inúmeros vídeos publicados em seu canal que contava aos fãs, sempre de uma forma engraçada, como era o cotidiano do humorista. O Canal *Canalha*, nome dado ao seu *vlog*, é um dos maiores do Brasil e conta, atualmente, como 18.436.440 milhões de inscritos.

Entretanto, em meados do ano de 2018, Julio Cocielo perdeu alguns adeptos de seu canal, bem como diversas marcas parceiras de campanhas publicitárias como a Coca-Cola, Itaú e Adidas por um comentário considerado racista feito pelo *youtuber* sobre um jogador em sua rede social do *Twitter*. A polêmica foi tão grande, que o humorista recebeu diversas críticas, inclusive de outros famosos, levando o *youtuber* a apagar mais de 50 mil *tweets*[7] e desculpar-se com o público.

Embora Júlio Cocielo tenha se desculpado publicamente, isso não foi suficiente para solucionar a problemática no qual se envolvera. Seguidores e fãs indignados com a postura do *youtuber* resgataram milhares de *tweets* antigos em que o humorista comenta, pejorativamente, sobre negros, mulheres, bem como atacava minorias.

Outro caso que se encontra em grande discussão, atualmente na mídia brasileira, é do humorista paulista Danilo Gentili[8], nascido em 1979, na cidade de Santo André. O *youtuber*, há um tempo, fez um vídeo (bem polêmico) em resposta à deputada Maria do Rosário (PT-RS) em que o mesmo aparece passando um documento, supostamente uma notificação enviada pela parlamentar, em suas próprias partes íntimas. Inconformada, a deputada denunciou o comediante que, atualmente, se encontra detento em regime inicial semiaberto até cumprir sua pena de 06 meses e 28 dias.

ISSNe 2595-1602

Tudo serve para mostrar que a discussão sobre a responsabilidade jurídica dos influenciadores digitais é uma temática que merece destaque e atenção, pois como demonstra a própria expressão, os influenciadores digitais detêm o condão de persuadir ideias e atitudes alheias, tão somente através da exposição de um conteúdo, seja criado por este ou não.

Destarte, este presente estudo busca identificar e analisar como ocorre a responsabilização destes criadores de conteúdos diante da difusão de um conteúdo prejudicial ao seu público. É certo que qualquer fornecedor, seja de produto, serviço ou informação deve observar as disposições eletrônicas exigidas pelo mercado digital, todavia, o *digital influencer*, considerando seu papel de destaque na mídia, tem um dever ético com seus seguidores. Sendo assim, necessário entender o instituto da responsabilidade civil em suas origens históricas, vertentes principais, assim como a congruência entre ambos os institutos.

2.2 Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais

A teoria sobre responsabilidade civil foi construída ao longo do tempo, conquanto não seja possível esclarecer sua data exata, infere-se que surgiu na mesopotâmia antiga, principalmente com a aplicação do Código de *Hamurabi*, em que a intenção era punir o dano através de intenso sofrimento ao autor. Naquela época, não existia qualquer diferença entre a responsabilidade civil e penal, possuindo os aplicadores da lei à época, simplesmente, o objetivo de punir o causador de um dano.

Com o desenvolvimento do Direito Romano, criou-se por volta do no século III -a.C, a chamada *Lex Aquilia de Damno.* Nesse sistema, o dano se transformou em uma figura autônoma. Portanto, três requisitos eram necessários à configuração do *damnum.* Em primeiro lugar, o ato danoso deveria ser contrário à lei, consequentemente, esse ato deveria ser praticado com dolo ou culpa e, por fim, era exigida uma lesão patrimonial. Marcelo Barreto de Araújo (2017. p.55), ao abordar sobre o contexto histórico da responsabilidade civil e o direito digital destaca:

> Dentro deste contexto, ganha relevo a aplicação da Responsabilidade Civil no âmbito do Direito Digital. Este clássico instituto jurídico, que tantas mutações sofreu desde os tempos antigos do Direito Romano, vem sendo inevitavelmente redefinido para sua adequação e incidência no âmbito virtual, pois sempre terá grande relevância para reprimir a impunidade de atos ilícitos realizados em meio eletrônico (...).

Assim, realizada a comparação com a legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que desde os diplomas pretéritos, para a constatação da responsabilidade civil é necessário que estejam presentes requisitos como o ato danoso, a culpa ou o dolo, a lesão e o nexo de causalidade entre a conduta e o objeto lesionado.

Pela conjuntura do presente trabalho, realizada uma breve explanação sobre o contexto histórico da responsabilidade civil, destaca-se que não pretende se exaurir o estudo das inúmeras origens da responsabilidade civil aqui.

ISSNe 2595-1602

Entretanto, para compreender a responsabilidade civil, é imprescindível a noção de que esta é o resultado de uma relação obrigacional. A obrigação é uma relação jurídica pessoal em que há contraprestações positivas ou negativas e proporcionais. Ao escreverem sobre o tema, ensinam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria (2019. p.11) que obrigação:

> é relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção judicial.

Nesse diapasão, havendo o descumprimento sobre o objeto obrigacional por uma das partes, sucederá o direito da parte lesada requerer judicialmente o adimplemento, pelo que chamamos de responsabilidade patrimonial. Essa responsabilidade decorre da aplicação da existência de um débito (*Schuld*), com a consequente responsabilidade (*Haftung*).

A responsabilidade civil foi classificada pelos doutrinadores em contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva. Tais responsabilidades possuem fundamentos no Código Civil, assim como em diversas legislações infraconstitucionais. O Artigo 927º do Código Civil brasileiro de 2002 esclarece que aquele que comete um ato ilícito é obrigado a repará-lo. Na mesma linha de raciocínio, o diploma define o ato ilícito em seus artigos 186º e 187º.

Após a explanação conceitual sobre o tema em testilha, um questionamento se faz relevante: será que o influenciador digital que propaga um conteúdo possui responsabilidade sobre esse ato?

Como abordado, anteriormente, os influenciadores digitais possuem relevância na sociedade digital, em razão de veicular informação, conteúdos e publicidade. Nessa perspectiva, a depender de como o influenciador irá atuar, a responsabilidade por eventuais danos que venha praticar será diferente.

Em primeira hipótese, há o caso em que o influenciador digital é contratado por uma empresa para prestar um serviço de divulgação, sendo aplicável a relação contratual prevista no Código Civil, em seus artigos 593º e seguintes.

Como segunda possibilidade, existem as situações em que o *influencer* atua perante terceiros, ou seja, os consumidores diretos. Desse modo, se o influenciador for contratado, por exemplo, para divulgar um produto, ele sucederá na cadeia de consumo, somente se tiver conhecimento sobre a falha ou vício no produto ou serviço o qual apresentou.

Por fim, e não menos importante, o influenciador digital pode proceder como um profissional liberal, isto é, o *influencer* divulga o conteúdo de forma autônoma, sem que haja qualquer contratação por uma pessoa jurídica ou menos pessoa física. Embora os seguidores/consumidores daquele *influencer* não paguem diretamente pelo serviço de divulgação desse conteúdo autônomo, ao visualizarem aquela informação irão monetizá-la, seja através de um canal no *youtube* ou mesmo por um blog particular. Logo, aplica-se o Código do Consumidor, conquanto seja necessário analisar se o influenciador detém conhecimento técnico ou universitário sobre o

ISSNe 2595-1602

assunto, para que com isso, a responsabilidade civil seja aplicada adequadamente ao caso.

Antonio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa (2014) mencionam que no Código de Direito do Consumidor somente há uma exceção acerca da responsabilidade objetiva nos acidentes de consumo, o qual consiste nos serviços prestados pelos profissionais liberais. Os autores demonstram que além de ser uma categoria em declínio, os profissionais liberais, como os influenciadores digitais, respondem somente se comprovarem que o ato baseou-se na culpa. Ainda assim, se estes integrarem ou prestarem um serviço à pessoa jurídica, como ocorre com o médico que presta serviços para um hospital, continuarão alicerçados pelo sistema da culpa, enquanto o hospital responderá objetivamente pelos danos causados.

Em todas as hipóteses apresentadas, deve o influenciador digital aplicar o princípio da boa-fé objetiva e transparência, não só na publicidade de um serviço, mas em qualquer informação ou opinião que exponha. É importante destacar que a maioria dos casos de dano perpetrado pelos influenciadores digitais decorre da inaplicabilidade desses princípios, como mencionada Baptista Luz Advogados (2019. p.14).

> A maioria dos casos estão relacionados à identificação publicitária, isto é, os influenciadores divulgaram o produto ou serviço sem deixar clara a natureza publicitária de tal veiculação, podendo levar o consumidor a pensar que se tratava de opinião pessoal deles. Este ato, recorrentemente praticado pelos influenciadores, inclusive como estratégia de marketing, é contrário ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código do CONAR (...).

ISSNe 2595-1602

É possível exemplificar com o caso de Cocielo, anteriormente mencionado, já que o influenciador que veiculou aquela opinião poderia levar muitos seguidores a possuir o mesmo pensamento, tratando-se, portanto, de uma publicidade abusiva. O Artigo 37º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor[9] realça a proteção do consumidor ao tratar de publicidade abusiva.

Embora o direito à liberdade de expressão seja protegido pela Constituição Federal de 1988, deve existir um filtro na divulgação de conteúdos propícios a influenciar pessoas, ainda mais no Brasil que possui cerca de 181 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade, que utilizam a internet, segundo dados do ano de 2017 pelo IBGE[10]. A esse respeito, confira-se a jurisprudência:

> Desde que observadas as balizas constitucionais do exercício da liberdade de expressão, traduzidas, por exemplo, na preservação da honra e da imagem alheias, o consumidor tem o direito de externar seu desagrado e inconformismo quando considera inadequado, insatisfatório ou defeituoso serviço que lhe foi prestado mediante remuneração.[11]

Percebe-se no julgado supramencionado que há a proteção ao consumidor, que veiculou conteúdo em rede social, demonstrando sua insatisfação com o serviço. Logo, há na legislação pátria a primazia da liberdade de expressão, mas essa garantia constitucional, não pode ser utilizada pelos influenciadores digitais para cometerem

atos ilícitos, sejam cíveis ou criminais, sem que com isso, sejam juridicamente responsabilizados.

Ainda assim, é preciso relembrar que quando os *digital influencers* atuam perante terceiros, se equiparam às celebridades que utilizam a sua imagem para divulgar um produto ou serviço, seja através de sua imagem ou por um comportamento persuasivo, pois perpassam uma confiança para o seguidor/consumidor. Entretanto, muito mais que utilizar a sua imagem, o influenciador digital manuseia o seu poder de persuasão para perpetuar credibilidade ao seu seguidor e, com isso, disseminar a quantidade de visualização do seu conteúdo com o fito de monetizar o seu canal, geralmente através de algum provedor *AdWords*[12], ou mesmo conseguir angariar indivíduos aptos a consumir o produto ou serviço anunciado pelo influenciador.

Certamente, existe divergência doutrinária sobre se a responsabilidade jurídica dos influenciadores digitais é objetiva ou subjetiva[13], em virtude da aplicação do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor sobre os atos praticados pelos influenciadores digitais, o que necessitará da análise em cada caso concreto.

Patrícia Peck (2019. p.514) afirma que a teoria do risco é plenamente aplicável no âmbito da internet, pois a possibilidade de causar danos a outrem, ainda que sem culpa, é muito maior na sociedade digital.

> Considerando apenas a Internet, que é mídia e veículo de comunicação, seu potencial de danos indiretos é muito maior que de danos diretos, e a possibilidade de causar prejuízo a outrem, mesmo que sem culpa, é real. Por isso, a teoria do risco atende às questões virtuais e a soluciona de modo mais adequado, devendo estar muito bem associada à determinação legal de quem é o ônus da prova em cada caso.

A autora, ainda, esclarece o que significa o mau uso da internet, assim como as possíveis consequências ao usuário que se portar dessa forma[14].

Pelo exposto, ao mencionar sobre a teoria do risco, PECK (2019) demonstra que se aplica aos influenciadores digitais a responsabilidade objetiva, que é a exceção no Código Civil, com fundamento no Artigo 927º, parágrafo único, conquanto seja a regra do Código de Consumidor.

Em adverso, ao discorrer sobre o tema em seu Manual jurídico sobre influenciadores digitais, Baptista Luz Advogado (2019. p.06) afirma que quando há entre o influenciador e o contratante - seja pessoa física ou jurídica - um vínculo contratual, por exemplo, quando influenciador digital que é contratado para exercer a divulgação de um conteúdo, produto ou serviço, este somente será responsabilizado se houver a demonstração de culpa, tendo em vista que o contrato de prestação de serviços previsto, no Código Civil, rege a responsabilidade subjetiva do prestador, pela regra do Artigo 927 º, *caput*.

> A recomendação, portanto, é incluir no contrato de prestação de serviços celebrado entre a contratante e o influenciador digital, seja por meio de pessoa jurídica ou diretamente com a pessoa física, cláusulas de independência e autonomia das partes, bem como de desobrigação trabalhista.

ISSNe 2595-1602

Em continuidade ao impasse, se aplicarmos o Código de Defesa do Consumidor, será imprescindível a análise sobre o conhecimento do vício pelo influenciador, pois se este atuar como uma personalidade para a divulgação de um produto ou serviço - como ocorre com os denominados garotos propaganda - integrará a cadeia de consumo e, por conseguinte, responderá subjetivamente pelos danos causados a terceiros se detiver conhecimento sobre o fato. Nesse sentido, Gasparatto, Freitas e Efing (2019. p.77) se expressam sobre o tema:

> Primeiramente deve-se refletir tal qual Guimarães questionando a responsabilidade civil das celebridades que participam e realizam publicidade de produtos e serviços, a ponto de serem caracterizados danos em decorrência de publicidade ilícita. Para o autor em um primeiro momento as celebridades podem não ter o dever de indenizar, visto não terem relação direta com o bem anunciado, veiculando nas publicidades texto criado por outrem, a exemplo dos publicitários. Por outro lado, o autor entende que toda atividade profissional gera responsabilidade civil por eventuais danos, sendo obrigado a indenizar àqueles que sofrerem os danos.

Extrai-se do pensamento dos autores, que nas hipóteses em que o influenciador digital atua como prestador de serviços contratado, garoto (a) propaganda ou influenciador autônomo, recairá sobre estes a responsabilidade de indenizar, seja através da demonstração subjetiva de culpa ou somente com a comprovação do dano e nexo de causalidade sobre os atos praticados.

Seria viável que houvesse um entendimento pacífico sobre a aplicação da responsabilidade, principalmente a responsabilidade objetiva, pois como mencionado por PECK (2019), o mundo digital é propício ao dano. Desse modo, é possível concluir que o influenciador digital se torna peça chave no marketing digital e na publicidade. Portanto, a cognição sobre a responsabilidade jurídica e o dever de indenizar do influenciador digital é concreta, no momento em que o *digital influencer* comete um ato ilícito, abusivo ou desleal à ética do marketing e da publicidade em face dos indivíduos que navegam na nova modernidade digital.

ISSNe 2595-1602

3. Conclusão

Diante da complexidade das relações humanas, a sociedade midiática proporciona uma quebra de barreiras, tendo em vista que a expansão da era digital minimiza as limitações de fronteiras territoriais. Assim, verifica-se que os influenciadores digitais possuem um papel fundamental na responsabilidade social, pois divulgam conteúdos e, sobremaneira, difundem ideias sobre produtos, marcas, conceitos e, até mesmo, sobre história e atualidades.

O ordenamento jurídico pátrio está se adequando a essa nova realidade digital, desde a edição do Marco Civil da Internet, com a criação de normas capazes de proteger as relações digitais e o comércio eletrônico, bem como na edição da Lei Geral de Proteção de Dados, que permite, inclusive, a responsabilização por eventuais usos indevidos de dados pessoais na internet.

Por essa razão, o influenciador deve filtrar o conteúdo que irá expor, caso contrário, a depender da forma como produz sua atividade, isto é, se é um profissional liberal que possui conhecimento técnico ou universitário sobre o tema, ou se foi contratado por uma empresa para prestar um serviço e detinha conhecimento sobre o vício ou problemática do conteúdo, será responsabilizado de forma objetiva ou subjetiva pela prática de um eventual dano que venha a causar.

Nessa concepção, é possível verificar que o tema em testilha possui relevância na sociedade, logo, os institutos abordados no presente trabalho são analisados em consonância com a seara digital, bem como com a esfera cível, tendo em vista que não podem deixar de ser considerados no ordenamento jurídico vigente com suas constantes atualizações, na globalização digital.

NOTAS EXPLICATIVAS

[1] Segundo o artigo 5º, III, da Lei 13.709/2018, dado anonimizado é o dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. [consult. 01. jun. 2019].

[2] De acordo com Bourdieu (1997), “as palavras fazem coisas, criam fantasias, medos, fobias ou simplesmente, representações falsas”. Dessa forma, o mundo da imagem é dominado pelas palavras. O princípio da seleção por meio da busca sensacional dos espetáculos permitiu destacar a TV, que dramatiza cenas e imagens de um acontecimento relevante, muitas vezes, de acontecimentos trágicos e de rebeliões. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guaiaraca/article/viewFile/1144/1089>. [consult. 01. Jun. 2019]

[3] Nessa perspectiva, a comoditização é o ato de transformar diferentes processos sociais (não apenas bens e serviços clássico) em mercadorias.

[4] Atualmente, toda estratégia de comunicação deve levar em conta que influenciador é qualquer pessoa que possa se comunicar com seu público de interesse, não são mais apenas os jornalistas. Uma blogueira que tem conteúdos no Instagram e Snapchat, por exemplo, provavelmente atinge mais pessoas do que um portal de notícias. E o mais importante: atinge um grupo de pessoas específico, um nicho específico, exatamente o seu público-alvo. Disponível em: <https://iabbrasil.com.br/wp-content/uploads/2017/08/PAPER-SPRINKLR-INFLUENCIADORES-NAS-REDES-SOCIAIS.pdf>. [consult.19. abril.2019].

[5] Blogueiro é um termo brasileiro utilizado para designar o indivíduo que publica em blogs. Os blogueiros utilizam os blogues normalmente para emitirem suas opiniões sobre assuntos com os quais tenham afinidade. Disponível em: <https://www.significados.com.br/blogueiro>. [consult. 19. abr. 2019].

[6] Disponível em: <https://www.ibahia.com/brasil/detalhe/noticia/entenda-o-caso-do-youtuber-julio-cocielo-e-a-repercussao-entre-os-patrocinadores/>. [consult. 19. abr. 2019].

[7] Publicação de texto ou mensagem numa conta da rede social Twitter. "tuítes" ou ‘tweets' in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/tu%C3%ADtes: [consult 16. mai. 2019].

[8] Disponível em: <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/celebridades/condenado-danilo-gentili-posa-com-policiais-vieram-me-buscar>. [consult. 19. abr. 2019].

ISSNe 2595-1602

[9] Artigo 37, § 2.º, CDC: é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

[10] Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. [consult. 23. abr. 2019].

[11] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catariana – Agravo de Instrumento: 40157801020168240000, Videira 4015780-10.2016.8.24.0000, Relator: des. Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 06/06/2017, Terceira Câmara de Direito Civil. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467879557/agravo-de-instrumento-ai-40157801020168240000-videira-4015780-1020168240000>. [consult. 23. abr. 2019]

[12] A plataforma *AdsWords*, ou simplesmente *Ads*, é um meio de publicidade de conteúdo como uma forma de gerar receitas por meio do marketing digital. Através deste serviço, anúncios são exibidos para em forma de links patrocinados quando alguém realiza uma busca, seja por meio de computadores ou smartphones. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/google-adwords/>. [consult. 23. abr. 2019].

[13] A responsabilidade objetiva é aquela em que não é necessária a demonstração da culpa pelo autor, isto é, a existência do ato danoso e o nexo de causalidade já ensejam à indenização, adotando-se assim, a teoria do risco. De outro modo, na responsabilidade subjetiva é imprescindível a demonstração do dolo ou da culpa do agente.

[14] Nossas leis atuais cobrem os problemas da Internet, porque tratam de condutas e não de meios. Se a pessoa falar de outra de modo ofensivo, pode estar come- tendo o crime de injúria ou o de difamação, que são crimes contra a honra, e não importa se é oral, por escrito em um papel, em um e-mail ou em uma comunidade na Internet. Os usuários devem ter o cuidado de evitar situações ilícitas, como encaminhar boato eletrônico (difamação), participar de cassino virtual (jogo de azar), divulgar mensagens racistas, não exibir imagens obscenas, não criar comunidades que utilizam imagem e nome de marcas etc. Esses atos podem ser punidos com prisão, multa ou indenização à pessoa agredida.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Barreto de, **Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital**, Rio de Janeiro, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

BENJAMIM, Antonio Herman V. **Manual de direito do consumidor**, 6ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BENTES, Ivana.,**Economia narrativa: do midiativismo aos influenciadores digitais**, Belo Horizonte,CEFET-MG, 2018, ISBN 9788599872437.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, V.2, Obrigações**, 13º edição, São Paulo, Editora JusPodivm, 2019.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra EFING Antônio Carlos; **Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais**, Revista Jurídica Cesumar, janeiro/abril. 2019, v. 19, n. 1, p. 65-87 DOI: 10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87. [consult. 04. mai. 2019]

KARHAWI, Issaaf. **Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria**. Tendências em comunicação digital, Organização: Elizabeth Saad e Stefanie C. Silveira, São Paulo: ECA/USP, 2016. ISBN 978-85-7205-156-9, DOI 10.11606/9788572051569. Disponível em: <

https://www.academia.edu/30032427/Influenciadores_digitais_o_Eu_como_mermercado>. [consult. 19. abril de 2019].

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. DOU de 11/01/2002 (nº 8, Seção 1, pág. 1). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

_____.**Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/9/1990, (Seção 1. pág.1). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-norma-pl.html>

LUZ, Baptista Advogados. **Manual Jurídico Influenciadores Digitais**,E-book. 2019. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-juridico-sobre-influenciadores-digitais/>. [consult. 04. mai. 2019].

MAIA. Marcella Cristina Gruner, **Tráfego de informações e violação da privacidade no comércio eletrônico**, Campos dos Goytacazes - RJ, 2014.

PECK, Patricia. **Direito Digital**, São Paulo, Saraiva Educação, 2016, ISBN 9788502635647, Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/pageid/514>. [consult. 24. abr. 2019].

PECK, Patricia. **GDPR: Seus Impactos no Brasil e no Mundo**. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ByhG3E8ltsE>. [consult. 13. fev. 2019]

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil**, 12. Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2018.

VESTENA, Carla Luciene Blum. **O papel da mídia na formação da opinião pública: a contribuição de Bourdieu**. Guairacá - Guarapuava, Paraná, n.24, p.9-22, 2008.

VIEIRA, Eduardo. **Influenciadores, a fronteira final da publicidade. Meio e Mensagem**, 2016. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/opiniao/2016/05/24/influenciadores-a-fronteira-final-da-publicidade.html>. [consult. 19. abril de 2019].

ISSNe 2595-1602

OS LIMITES DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM LICITAÇÕES MANIFESTAMENTE ONEROSAS

Bruna Nubiato Oliveira[1]

RESUMO

A primazia da presente tese científica revela-se em sua essencialidade na supremacia do interesse público e na indisponibilidade, princípios basilares que moldam o regime jurídico administrativo. A Constituição Federal de 1988 é indispensável as tratativas da tutela pelo interesse coletivo, sendo também instrumento que fundamenta as razões principiológicas e inibe a irresponsabilidade e a imoralidade administrativa. Trata-se de estudo aplicado a luz dos princípios administrativos que demonstram a problemática dos limites da moralidade administrativa no que tange a discricionariedade do administrador público ao convocar licitações luxuosas. As tratativas ora abordadas revelam-se na problemática da discrepância e inconformismo frente a insuficiência de recursos mínimos assistenciais a sociedade, em comparado aos gastos exorbitantes em uma licitação específica para alimentos direcionados a um órgão de alto escalão, em que serão consumidos em uma só ocasião lagostas e vinhos. Constata-se a violação de princípios básicos como o interesse público, legalidade, moralidade, proporcionalidade, razoabilidade e a arbitrariedade da discricionariedade administrativa. No caso em tela, as consequências podem se enquadrar na Lei n. 8429 de 1992, como caracterização de Improbidade Administrativa, hipótese na qual constatam-se danos ao erário e violação de princípios básicos da administração pública, ocasionando consequências para o agente público como perda do cargo, multa, suspensão dos direitos políticos, ainda, medidas como afastamento preventivo, bloqueio de contas, indisponibilidade de bens, e o sequestros de todos os bens necessários a garantia do juízo. O presente trabalho foi desenvolvido por uma metodologia dedutivo-analítica sendo que a exposição científica será explanada em uma conjuntura fundada na primazia humana, digna, democrática fundada no interesse coletivo. Desta forma, o presente artigo científico molda-se na explanação das consequências sociais e jurídicas do pregão eletrônico n. 27 de 2019, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, analisando o impacto causado em uma sociedade carente de recursos mínimos dignos a sobrevivência, e a dicotomia entre a imoralidade administrativa e a imoralidade social em sentido amplo, frente a deturpação da oportunidade e conveniência, bem como do interesse público. Ao explanar cada uma das tratativas, propõe-se instruir e conscientizar a sociedade acerca da existência de dispositivos que inibem abusos aos princípios coletivos e suas consequências pertinentes.

Palavras-Chave: Moralidade Administrativa; Licitações Extravagantes; Improbidade Administrativa.

ISSNe 2595-1602

[1] Graduanda do Curso de Direito e Pesquisadora da Iniciação Científica da Universidade Católica Dom Bosco – Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil. Bruna@cgpadvogados.com.br.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente tese científica revela-se na primazia de expor as considerações e perspectivas acerca da aplicabilidade e dos limites do poder discricionário conferido aos agentes públicos ao atuarem em nome da administração pública frente a licitações excessivamente onerosas, abordando o viés que qualifica o excesso como improbidade administrativa.

Ao celebrar contratos com particulares, a administração pública é vinculada a exercer um procedimento administrativo prévio, denominado licitação, no escopo de garantir o interesse público, a isonomia nas contratações e a busca pela proposta mais vantajosa.

Com efeito, após a realização do procedimento licitatório, é entabulado o contrato administrativo na regência do regime de direito público, prevalecendo a desigualdade natural oriunda da supremacia do interesse público sobre o privado, garantindo características como contrato comutativo, de adesão, formal e consensual.

Nas hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, são pressupostos vinculantes a justificativa pela autoridade do órgão, e mesmo nos casos em que a lei exija ou não licitação, o instrumento administrativo deve ser devidamente justificado e motivado, atendendo os princípios básicos da administração pública.

No caso em apreço, será analisado a licitação por pregão eletrônico, modalidade de contratação mais célere e de menor preço, para a aquisição de bens e serviços comuns. A problemática do presente artigo baseia-se no pregão eletrônico n. 27 de 2019, a qual a corte superior da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal pretendeu adquirir refeições institucionais de itens que ultrapassam excessivamente os limites da moralidade administrativa e deturpam o interesse público.

Preleciona Celso Antônio Bandeira de Melo[2] que são agentes públicos os agentes políticos, os particulares em colaboração e os servidores estatais, que gozam de todas as prerrogativas e limitações conferidas a eles por lei. Dentre as responsabilidades dos agentes públicos, são aplicadas as regras da Lei de Improbidade Administrativa.

A Improbidade Administrativa está positivada na Lei n. 8429 de 1992, editada para a regulamentação do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, que consiste na introdução e normatização do ato de improbidade, suas consequências e repercussões jurídicas.

Denota-se que o artigo 37º da Constituição Federal é o pilar dos preceitos e fundamentos da ordem e dos atos administrativos, caracterizado por traduzir a manifestação da vontade estatal sob regime de direito público sustentado pelos princípios norteadores expressos na Carta Magna.

A ordem administrativa em sua essência é alicerçada em cinco bases essenciais: Legalidade, na qual a atuação estatal depende expressamente de lei; Impessoalidade, na qual o agente público nunca atuará em nome próprio, e sim, em nome do Estado; Moralidade, traduzida pela Boa Fé, pela lealdade no trato com a coisa pública;

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, p.61

ISSNe 2595-1602

Publicidade, garantindo a transparência, sendo a publicidade requisito de eficácia dos atos administrativos; E, Eficiência, que consiste na busca por resultados positivos com o mínimo de gastos.

Especificadamente, a eficiência foi inserida pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, sendo norma de eficácia plena de aplicabilidade imediata, significando produzir bem, com qualidade e custos reduzidos. Constata-se logo nas notas introdutórias a discrepância de um pregão eletrônico extremamente oneroso e fútil, violando princípios básicos da administração pública.

Ainda, é de suma importância enfatizar a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, a qual prevê o poder e dever da administração de rever seus próprios quando eivados de ilegalidade ou por mérito administrativo, seja por oportunidade e conveniência, o que poderia ocorrer no caso em tela, com a possibilidade de o ente administrativo retratar-se por motivos de interesse público, oportunidade e conveniência.

As normas principiológicas introdutórias, norteiam também os aspectos da improbidade administrativa, ressaltando porém os princípios de moralidade, probidade, razoabilidade e proporcionalidade. As hipóteses de violação de princípio e de ações e omissões que geram danos ao erário são caracterizadores da improbidade.

No projeto científico em tela, também será analisado aos aspectos principiológicos dos limites da discricionariedade administrativa frente as licitações públicas, e em quais hipóteses a arbitrariedade é caracterizada como Improbidade Administrativa. Diante da abordagem no caso atual abordando o Supremo Tribunal Federal, indaga-se a problemática dos limites da moralidade administrativa em licitações manifestamente onerosas.

Dentre os problemas sociais no Brasil, ressalta-se a problemática da corrupção, das fraudes em licitações, da insuficiência de verbas para hospitais, escolas e diversas frentes básicas das quais a população brasileira entende sem delongas. O cenário socioeconômico brasileiro não permite extravagancias do poder público, seja ele de qualquer poder ou função, mas a função legiferante em seu poder regulamentador, possui o poder dever de inibir atos extravagantes que repercutem em toda a ordem moral em um pais carente de recursos básicos.

2. OS PRINCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICADOS A LICITAÇÕES E AGENTES PÚBLICOS

Os preceitos da administração pública a distanciam da administração privada. Sua atuação fundamenta-se no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, e deve prezar sempre pela legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência[3]. Tais princípios são o norte da atuação direta do Estado como também sobre sua atuação indireta, uma

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

ISSNe 2595-1602

vez que para realizar suas funções, a Administração Pública recorre frequentemente à colaboração de terceiros[4].

As licitações servem como ferramenta para que o Estado cumpra sua finalidade, seja fornecendo meios para que exerça seu papel diretamente ou através de contratações de terceiros para que exerçam determinada tarefa. A lei 8.666/93 institui as normas para que as licitações e contratos administrativos ocorram. Em seu Art. 3º traz grande parte dos princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, bem como inclui o princípio da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, do desenvolvimento nacional sustentável, da publicidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo[5].

O processo licitatório é fundamental na garantia da legalidade e moralidade das compras públicas, é através dele que o Estado seleciona a proposta mais vantajosa para seu interesse[6].

O princípio da legalidade talvez seja o mais relevante dentre todos os preceitos. Todas as condutas do agente público devem estar amparadas em "lei e às exigências do bem comum, sem poder delas se desviar, sob pena de praticar ato inválido ou expor-se a responsabilidade disciplinar, civil ou criminal"[7]. Portanto, não há na Administração Pública conduta de seus agentes sem lei anterior que a ampare.

A moralidade por sua vez guia a conduta previamente tipificada. Em termos gerais, a moral é encarada como algo pregresso e matricial ao direito, tendo as regras do direito surgido relativamente às regras da moral[8].

No entanto, a moral comum caracteriza-se por não ser cogente, ou seja, não dispõe de poder punitivo do estado, sendo suas sanções diferenciadas da jurídica (consciência, rejeição social, vergonha...)[9]. A moralidade administrativa difere-se da moral comum, sendo pressuposto da validade do atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles traça brilhante abordagem sobre a moral no direito administrativo: "Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, por que nem tudo que é legal é honesto[...][10]"

Os princípios da Administração Pública são fundamentais para a validade dos atos dos agentes públicos, seja na condução do processo licitatório ou em qualquer outro

[4]JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
[5]BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12mai. 2019.
[6]MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro.26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
[7]MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro.26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
[8] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito, 11ª Ed, São Paulo: Editora Atlas, 2015. p589.
[9] *Idem*
[10] MEIRELLES, Hely Lopes. *Op Cit.*

ISSNe 2595-1602

ato administrativo. A desobediência aos princípios pode eivar o ato de vício, tornando-o nulo, podendo incorrer ainda em responsabilização do agente em diversas esferas. Tamanha é a importância dada à lisura nesses atos que, na possibilidade de dano ao erário, as ações de ressarcimento contra o agente são imprescritíveis[11].

3. DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS MANIFESTAMENTE ONEROSOS

Hodiernamente, a eficiência da máquina estatal entra cada vez mais em pauta. As licitações têm como um de seus objetivos a busca do melhor preço para o objeto a ser adquirido ou contratado. O exemplo disso é encontrado na Lei 10.520/02, que instituiu a modalidade de pregão eletrônico, principal forma de aquisição das estruturas administrativas dos órgãos a nível federal, que traz em seu artigo 4º, inciso X a determinação do menor preço para julgamento e classificação de propostas[12].

Busca-se dessa forma conciliar a burocracia do procedimento licitatório a um resultado satisfatório. A burocracia, embora muitas vezes encarada como um aspecto negativo da Administração Pública surgiu como um método racional e eficiente para evitar arbitrariedades do poder estatal[13]. A eficiência surge da ênfase contínua em fazer mais com menos recursos[14] de forma a garantir a maior abrangência da atividade estatal nos anseios da sociedade.

Frente aos objetivos das licitações, eventualmente, vem à tona exemplos de gastos públicos que atendem aos objetivos estatais, mas que pela natureza do objeto não ensejam na solução mais econômica. A estes serão chamados de processos licitatórios manifestamente onerosos. Um exemplo é a aquisição de veículos oficiais modelo sedan por autoridades do poder público.

Em consulta ao Portal de Compras do governo federal, ser pesquisado o termo veículo oficial, repetidamente aparece na descrição dos editais quanto ao objeto a ser licitado, a determinação de automóveis do tipo sedan[15]. Não há explicação razoável que habilite ou desclassifique o modelo sedan para sua finalidade, no entanto, ao compararmos o valor de um carro sedan ao de um carro hatch, percebemos que aquele possui um valor superior a este.

Trazendo a problemática a realidade foi realizada pesquisa ao Pregão Eletrônico nº 46/2018, do Tribunal Superior do Trabalho da 8ª Região (UASG 80003), que resultou

[11] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 282. As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são *imprescritíveis.*

[12] BRASIL. LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**, Brasília,DF, jul 2002. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 14 mai 2019.

[13] OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. 9.ed. Brasília, DF: MH Comunicação, 1997.

[14] *Idem*

[15] A pesquisa foi realizada no site http://comprasnet.gov.br/acesso.asp?url=/ConsultaLicitacoes/ConsLicitacao_texto.asp, utilizando como critéiros o termo veículo oficial e selecionando em pesquisa avançada, na campo Material, o código 3242, referente a automóveis.

ISSNe 2595-1602

na aceitação de veículos no modelo Ford KA 1.5 Sedan Flex[16]. Em pesquisa a tabela de preço médios de veículos da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) referente ao mês de maio de 2019, constata-se o valor de R$53. 694,00 reais para modelo similar (Ka 1.5 SE Sedan 12V Flex 5p Mec.) enquanto o modelo hatch é cotado ao valor de R$50.286,00[17] demonstrando, portanto, a onerosidade do certame por critérios divergentes do mercado.

O ponto de reflexão sobre aquisições manifestamente onerosas paira sobre a relativização da eficiência e sobre a moralidade de tais atos. Outra pauta semelhante são os gastos que respeitam o certame licitatório, mas o objeto da licitação não se concilia com os objetivos de dada instituição.

Exemplo recente deu-se através do Pregão Eletrônico 27/2019, do Supremo Tribunal Federal (UASG 40001), cujo objeto de contratação era empresa especializada para prestação de serviços de fornecimento de refeições institucionais, por demanda, incluindo alimentos e bebidas.

No termo de referência do referido Pregão, as opções de almoço iam de porco assado a medalhões de lagosta[18]. Tal tipo de certame salta aos olhos por dois motivos: O dispêndio de valores consideráveis para realização de tais atividades[19] e a absoluta incompatibilidade com as competências do órgão, o qual possui rol taxativo de deveres de processamento e julgamento, conforme Art. 102 de nossa Carta Magna[20].

Ainda assim, pela observância ao processo licitatório tal ato é considerado plenamente licito, avalizando incontavelmente atividades institucionais e diplomáticas pelos órgãos estatais afora.

A atenção as licitações manifestamente onerosas parte do questionamento da moralidade das mesmas. Embora o registro em ata de registro de preços de pregão eletrônico não vincule à obrigatoriedade da despesa[21], a possibilidade de direcionamento de recursos públicos e os gastos com a elaboração de tal certame são questões que nos levam a refletir sobre o verdadeiro alcance dos princípios da Administração Pública.

ISSNe 2595-1602

[16] MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Consulta Ata de Pregão. Disponível em < http://comprasnet.gov.br/acesso.asp?url=/livre/pregao/ata0.asp> Acesso em 14 mai 2019.

[17] Pesquisa realizada através do site < https://veiculos.fipe.org.br/> com os termos Ford Ka 1.5 Sedan SE 12V Flex 4p. Mec. e Ka 1.5 SE 12V Flex 5p. Mec, respectivamente.

[18] PE 27/2019.Anexo C do Termo de Referência Item 1.1.4. Pratos principais: peixe à brasileira; filé de peixe grelhado (com molho de manteiga queimada, alcaparras etc); bobó de camarão; camarão à baiana; medalhões de lagosta com molho de manteiga queimada; bacalhau à Gomes de Sá; frigideira de siri; moqueca (capixaba, baiana), arroz de pato, baião de dois, escondidnhos (bacalhau, carne seca, camarão, pato); pato assado (com molho de laranja ou de azeitonas etc.); galinha d'Angola assada; vitela assada; codornas assadas; carré de cordeiro, medalhões de filé; tournedos de filé (com molho de mostarda, pimenta, castanha de caju com gengibre etc.); pernil de cordeiro assado; rosbife de filé; lombo de porco assado; picadinho de filé.

[19] Os preços das modalidades de almoço variaram entre aproximadamente R$83,00 para o item 5 e R$50,00 para o item 8 do Pregão.

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

[21]

4. DICOTOMIA: MORALIDADE SOCIAL X MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Quando pensamos em moral, não dissociamos as múltiplas facetas que ela pode apresentar. A moral religiosa assemelha-se em parte a moral altruísta. A moral dos justos se afasta da moral da prisão. É fundamental ao estudar o direito entender todo o caudal das influências das demais regras de *dever-ser*[22]. Tal pensamento deu origem ao próprio princípio constitucional da moralidade.

A moralidade administrativa evoluiu e respaldou-se de tal forma que praticamente tudo o que é moralmente desejado é juridicamente exigido[23]. Como consequência, a análise da validade de um ato tomou um caráter mais formal e menos subjetivo. O que se adequa aos processos administrativos é moralmente aceitável, sendo o ato administrativo alvo de reflexão somente se devidamente questionado.

A moral comum passa por constante evolução junto a sociedade, sendo isso fruto de sua própria espontaneidade, informalidade e não coercividade[24]. Seu desenvolvimento levou ao questionamento da própria estrutura estatal e, frente à crise econômica, da arrecadação e despesas governamentais.

Exemplo desta evolução moral foram os protestos de junho de 2013, que ocorreram por todo o Brasil e tiveram como origem o descontentamento com os aumentos da tarifa do transporte público[25]. A atenção aos gastos públicos e a aquisição de bens e serviços considerados supérfluos por grande parte da população fez com que o que antes fosse moralmente tolerável hoje não o seja, não havendo no entanto mudança na relação moral administrativa e sua vinculação ao que as normas preveem.

Há uma necessidade de rever os limites da moralidade pública e desvincula-la de mero critério validador ou não de ato administrativo, refletindo sobre sua compatibilidade com o sentimento geral da sociedade e repensando as possibilidades de responsabilização do agente na condução da coisa pública.

ISSNe 2595-1602

5. CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA MORALIDADE E DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Frente a explanação abordada, é notório a problemática da indagação da vinculação do poder público a moral social voltada para licitações extravagantes, em uma população carente de recursos mínimos, quanto a extravagancia da viabilidade em contratação de vinhos e lagostas para ministros saborearem.

---

[22] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito, 11ª Ed, São Paulo: Editora Atlas, 2015. P 588.
[23] *Idem*
[24] *Ibidem*
[25] MORI, Letícia. 'Não são só 20 centavos', dizem manifestantes na avenida Paulista**. FOLHA DE SÃO PAULO**, São Paulo, 19 jun 2013. Disponível em < https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1297985-nao-sao-so-20-centavos-dizem-manifestantes-na-avenida-paulista.shtml>. Acesso em 15 mai. 2019.

Nesta abordagem, será analisado os limites jurídicos da discricionariedade administrativa no que tange as ações ou omissões que causem dano ao erário, e violem princípios básicos da administração pública.

A matéria referente a Improbidade administrativa praticada pelos agentes públicos encontra-se positivada na Lei n. 8429 de 1992, que estabelece responsabilidades ao agente público que atentar contra a administração.

É cediço que conforme o artigo 12 da Lei 8429 de 1992, as sanções penais, administrativas e civis, são independentes e que os atos de improbidades devem ser penalizados nas três instancias. As sanções de improbidade serão aplicadas mediante a propositura de Ação Civil Pública por ato de improbidade, e os sujeitos ativos podem ser os agentes políticos, particulares em colaboração, desde que se beneficie ou concorra para a prática do ato e por último, ou servidores estatais.

Conforme explicitado alhures, o texto legal estabelece três espécies de atos de improbidade: Os atos que gerem enriquecimento ilícito, danos ao erário e os que atentem contra princípios da administração pública.

Tais atuações, encontram-se nos artigos 9º, 10º e 11º da Lei 8429 de 1992, constituindo uma gradação, cada um dos artigos traz um rol meramente exemplificativo. Ressalta-se ainda que, em recente interpretação jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça definiu que apenas os atos de improbidade que causem danos ao erário, podem ser sancionadas somente se comprovada a má-fé do agente, ou seja, a atuação com dolo.

Para cada ato de improbidade, a Lei definiu sanções gradativas em razão da gravidade do ato praticado, os atos que geram enriquecimento ilícito ocasionam a perda da função pública, indisponibilidade e perda dos bens adquiridos ilicitamente, ressarcimento do dano, multa de até três vezes o que acresceu ilicitamente, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, e a impossibilidade de contratar com o Poder Público nem de receber benefícios fiscais por dez anos.

Para os atos que ocasionem dano ao erário as consequências são a perda da função pública, indisponibilidade e perda dos bens adquiridos ilicitamente, ressarcimento do dano, multa de até duas vezes o valor do dano causado, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, e a impossibilidade de contratar com o Poder Público nem de receber benefícios fiscais por cinco anos.

Por fim, os atos que atentam contra princípios administrativos causam a perda da função pública, ressarcimento do dano, multa de até cem vezes a remuneração do servidor, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, e a impossibilidade de contratar com o Poder Público nem de receber benefícios fiscais por três anos.

Quanto ao procedimento, a ação pode ser proposta pela Pessoa Jurídica Lesada ou pelo Ministério Público, que caso não proponha atuará como *custus legis*. Quanto ao procedimento, antes de o juízo decidir se defere ou não a petição inicial, deverá determinar a notificação do acusado para que apresente defesa prévia, no prazo fatal de 15 dias, após a apresentação de defesa, deverá proferir decisão, deferindo ou indeferindo a peça introita.

ISSNe 2595-1602

Proposta a ação, a requerimento do autor, o juiz pode conceder quatro medidas cautelares, como o afastamento preventivo do servidor público, podendo ser sem prazo e sem prejuízo da remuneração do servidor. O bloqueio de contas inclusive de contas no exterior. A indisponibilidade dos bens e o sequestro de todos os bens necessários a garantia do juízo.

In casu, é possível que mesmo após a aprovação de contas pelo Tribunal de Contas, a propositura de ação de improbidade verificado o cometimento de alguma das infrações estabelecidas pela lei. Ressalta-se ainda, que é vedada a transação, acordo ou conciliação em ações de improbidade.

A doutrina de Maria Silvia Zanella Di Pietro[26], revela que o princípio da moralidade administrativa, exige o comportamento compatível não só com a lei, mas, também, com a moral administrativa, as regras de boa administração, justiça, equidade e honestidade, toda vez que a ação do agente administrativo não vem lastreada nas molduras expostas estaremos diante da improbidade administrativa e ainda, nos termos da teoria Francesa, diante do desvio de poder.

Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> "É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais do que um ato ilegal, deve traduzir necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calçadas inclusive nas conclusões da Comissão de Inquérito" (Recurso Especial n.º 480.387/SP – 1.ª Turma – Rel.: Min. Luiz Fux – DJU 16.03.2004, p. 163)."

Além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativa para dar plena legitimidade à sua atuação. A Administração legítima é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativa, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública.

6. DO CABIMENTO DE AÇÃO POPULAR

A Ação de improbidade por possuir restrição em sua propositura, não pode ser proposta pela sociedade, desta forma, no caso em apreço o procedimento acessível a população seria a Ação Popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, mediante comprovação da cidadania pelo título de eleitor, prevista na Lei n. 4.717/65.

A busca pela anulação de atos lesivos ao interesse público é pressuposto para a propositura da Ação Popular, que visa resguardar o interesse da coletividade. Trata-

[26] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 64.

ISSNe 2595-1602

se de Remédio Constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal.

O ato lesivo deve ter sido praticado por um agente público pertencente a algum ente da administração pública, e o réu terá o prazo de 20 dias, prorrogáveis por mais 20, para apresentar contestação no feito. Ademais, a competência é proveniente de juiz singular, ou seja, não há Ação Popular proposta diretamente nos tribunais.

Nesta síntese, mediante violação ao interesse público, ao cidadão é acessível a Ação Popular para anular ato lesivo a sociedade, que no caso em apreço não só violou a moralidade administrativa, mas infringiu os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como explanado, mesmo que o abuso do Supremo Tribunal Federal caracterize improbidade administrativa cujas sanções podem redundar perda do cargo e dos direitos políticos, esta ação não pode ser proposta por cidadão, ressaltando que se couber anulação do ato via Ação Popular, a Lei de improbidade não exime o agente público a outras sanções.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a perspectiva do elo administrativo entre os conceitos principiológicos e os limites dos poderes administrativos, é possível concluir a presente tese expondo primordialmente a problemática dos limites da moralidade administrativa em licitações manifestamente onerosas.

A análise fundou-se em sua essência no Pregão Eletrônico n. 27 de 2019, convocado pelo Supremo Tribunal Federal para a aquisição de comes e bebes em uma só ocasião, no valor de R$ 1,1 milhão de reais, considerado extremamente oneroso e exorbitante tal gasto público frente a uma realidade social carente de recursos mínimos assistenciais.

Os aspectos jurídicos encontram-se consubstanciados primordialmente na Constituição Federal de 1988, a qual preleciona as tratativas da tutela pelo interesse coletivo, sendo também instrumento que fundamenta as razões principiológicas e inibindo a imoralidade administrativa e a imoralidade social em sentido amplo, frente a deturpação da oportunidade e conveniência.

O presente artigo científico molda-se na explanação das consequências sociais e jurídicas frente a procedimentos administrativos onerosos, mesmo que o processo licitatório seja fundamental na garantia da legalidade e moralidade das compras públicas, é através dele que o Estado seleciona a proposta mais vantajosa para seu interesse[27].

A violação mínima aos princípios ora explanados, ocasionam responsabilidades como as sanções da lei de improbidade administrativa. A caracterização de Improbidade Administrativa, é hipótese na qual constatam-se danos ao erário e violação de

[27]MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro.26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ISSNe 2595-1602

princípios básicos da administração pública, ocasionando consequências para o agente público como perda do cargo, multa, suspensão dos direitos políticos, ainda, medidas como afastamento preventivo, bloqueio de contas, indisponibilidade de bens, e o sequestros de todos os bens necessários a garantia do juízo.

Ao explanar cada uma das tratativas, propõe-se instruir e conscientizar a sociedade acerca da existência de dispositivos que inibem abusos aos princípios coletivos e suas consequências pertinentes.

Desta forma, este artigo visa tutelar os direitos da coletividade mediante a exposição do cabimento e propositura de duas ações pertinentes a inibir irresponsabilidades do entes estatais nas contratações públicas.

Conforme o exposto, constata-se que a licitação na modalidade Pegão Eletrônico realizada pelo Supremo Tribunal Federal, violou diversos princípios constitucionais expressos e implícitos que são fundamentos motivos suficientes a propositura e as sanções da Lei de Improbidade Administrativa ou o cabimento de Ação Popular por cidadão capaz.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; PAVIONE, Lucas dos Santos. Improbidade Administrativa. Salvador: Juspodivm, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, p.61.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito, 11ª Ed, São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BOTELHO, 2000, p. 63; GARCIA; ALVES, 2008, p. 267; PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1997, p. 116; PRADO, 2001, p. 127. 9 OSÓRIO, op. cit., p. 270-271.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 abril de 2019.

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

ISSNe 2595-1602

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 282. As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são *imprescritíveis.*

CONTI, J. Levando o direito financeiro a sério [livro eletrônico]. São Paulo: Blutcher, 2016

CNPL: Brasil é o País que proporciona pior retorno em serviços públicos à sociedade. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2595/CNPL-Brasil-e-o-Pais-que-proporciona-pior-retorno-em-servicos-publicos-a-sociedade> Acesso em 12 março 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 64.

FAQ: Dívida Pública – Conceitos Básicos. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/conceitos-basicos-faq> Acesso em 12 março 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.103.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro.26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro.26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 254.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 266.

ISSNe 2595-1602

PAZZAGLINI FILHO, M.; ROSA, M.; FAZZIO JÚNIOR, W. Improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 1997.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. Improbidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

ISSNe 2595-1602

A FALTA DE EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DE LEIS DESTINADAS AOS SURDOS NO BRASIL À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Fábio de Santana Santos[1]

RESUMO

Este estudo apresenta uma discussão concernente à efetividade na aplicação das leis que amparam os direitos dos surdos no Brasil. A metodologia corresponde a uma revisão de literatura, tendo como nivelador os artigos 18 e 27 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como as demais leis que estão em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Objetiva-se trazer à baila aspectos ligados aos problemas de comunicação enfrentados pelos surdos, a saúde e educação que estão intimamente vinculados ao Estatuto. Da análise de toda conjuntura Legal e do modo com o qual a norma que os rege está sendo aplicada, verifica-se que a inefetividade desta é real, caminha a passos largos e tem raízes sólidas. No entanto, mesmo que existam todos esses infortúnios, ainda há a possibilidade de mudanças que tragam visibilidade e benefícios para esta parcela importante da comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Políticas Públicas; Surdos.

ISSNe 2595-1602

[1] Bacharelando em Direito – Faculdade Anísio Teixeira- FAT, Licenciado em Letras-Inglês, Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Oficial de Justiça Avaliador - TJBA. binofatdireito@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma discussão quanto à efetividade dos direitos dos surdos no Brasil, pois é de extrema importância enfatizar como estes são tratados em detrimento da falta de meios que lhes assistam, porquanto ao que se vê, embora existam leis que garantam os seus direitos, elas não estão sendo executadas de modo adequado. Os surdos não estão apropriadamente incluídos no âmbito social de seu próprio país, não pela lacuna do ordenamento jurídico, por sua incompletude ou inexistência, mas se dá simplesmente porque as referidas legislações não estão sendo cumpridas com a devida eficácia.

Trata-se de uma argumentação apresentada com base em legislações específicas que garantem direitos aos surdos no Brasil cujos dispositivos se encontram inseridos na lei 13.436/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), o Código Civil de 2002, Decreto Lei 5296/2004, LBI (Lei Brasileira de Inclusão) que disciplinam sobre a inclusão das pessoas com deficiência, bem como dos surdos na sociedade brasileira, tratando-os como indivíduos dotados de direitos e de pleno gozo social, político e patrimonial. A discussão também gira em torno de autores que estudam a respectiva abordagem e que coadunam com a articulação teórica apresentada pelo estudante em apreço, cujo desígnio é trazer a temática para o campo das ideias e debatê-las no que se reporta ao comportamento omissivo do Estado na aplicabilidade dessas leis, tornando urgente a necessidade de se ter um olhar perscrutador para a existência da inefetividade das normas jurídicas que regem o caso; o que originam para os surdos a sensação de omissão e descaso por parte de quem deveria garantir seus direitos.

Tendo por base, tais pressupostos, insta salientar que existe omissão do Estado nas questões ventiladas ao longo desse estudo e quão imperioso é que se aborde a respeito do respectivo assunto, pois há leis especiais que protegem os surdos e lhes asseguram direitos. Quando esse amparo é tolhido e seus direitos e garantias fundamentais não são efetivados, consequentemente há uma grande probabilidade de haver danos irreparáveis aos administrados. Em suma, toma-se por base o que está previsto no EPD (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e a omissão do Estado que em contramão do que prevê o Estatuto aludido, não leva em consideração as leis vigentes que resguardam os surdos e visam garantir-lhes um mundo mais digno, resultando no descumprimento do que é proposto no contexto normativo e desvia-se do seu real escopo.

A metodologia apresentada corresponde a uma revisão de literatura, tendo como nivelador os artigos 18 e 27 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como as demais leis supramencionadas que estão em conformidade com o ordenamento jurídico vigente e regulamenta a situação dos surdos no Brasil, e que visam comprovar a existência dos problemas sociais doravante relatados.

OBJETO DE ESTUDO

Objetiva-se com isso, trazer à baila aspectos arguidos em congressos ligados aos problemas de comunicação enfrentados pelos surdos, a saúde e educação que estão intimamente vinculados ao Estatuto e que direciona como deve ser o tratamento

ISSNe 2595-1602

dispensado aos deficientes, ou seja, aos surdos, que são o principal objeto de estudo deste, comprovando que tais problemas não estão sendo dirimidos.

Faz-se necessário propor que haja a real aplicabilidade dessas normas específicas. Arrazoar a importância da inclusão social da comunidade surda na sociedade, sem prejuízos em sua comunicação e garantir que não haja nenhuma forma de perda dos direitos que já foram adquiridos.

Destarte, este artigo é um chamamento para um novo olhar sobre dignidade da pessoa humana, pois o Estatuto da Pessoa com Deficiência objetiva trazer com seu instituto, a razoabilidade e a forma mais igualitária e menos discriminatória de tratar aqueles que têm algum grau de deficiência. É preciso levar em consideração o que dispõe o art. 1º do Código Civil[2]: "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Se todos têm essa capacidade, independentemente de suas limitações, é mister que os surdos tenham esses direitos não apenas impressos em um código, estatutos ou decretos, mas que tais prerrogativas sejam efetivadas e garantidas na prática. O Estado tem o dever de dar todo suporte necessário para que os surdos tenham seus direitos efetivados sem ser omisso, ou com tal conduta, estará ferindo drasticamente princípios basilares que alicerçam o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERENCIAL TEÓRICO

OS SURDOS NO BRASIL

No Brasil, até o final segundo semestre de 2018, os dados oficiais mais recentes do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) informam, mediante levantamentos de 2010 que existem 9.717,318[3] milhões de surdos. No entanto, alguns estudiosos estimam que a quantidade de pessoas surdas chegará à marca de 10 milhões de surdos ou de pessoas com algum tipo de deficiência auditiva; o que corresponde a uma média de 5,1% da população brasileira.[4] Pode parecer um número irrisório em termos percentuais, todavia quando equiparados esses dados com outros países, é como dizer que quase um país inteiro como Portugal fosse composto apenas por pessoas surdas, pois sua estimativa populacional atual é de cerca de 10,374,822[5] pessoas e praticamente uma Suécia fosse habitada por surdos, já que estima-se que atualmente o referido país tenha 9,816,666 habitantes aproximadamente.

Não há possibilidade de ignorar tais estatísticas, tendo em vista que o número de surdos no Brasil demonstra a importância de estudos a respeito das políticas públicas que deem ênfase ao assunto em voga. É imprescindível que se estabeleçam condições de visibilidade a fim de que esta parcela importante da população tenha seus direitos garantidos e sobretudo efetivados.

Diversas são as intempéries em sua jornada, precipuamente em decorrência da falta de comunicação. Normalmente um ouvinte, que viaja para outro país e não é falante da língua materna de onde este viajante se encontra enfrentará obstáculos que

ISSNe 2595-1602

aos poucos serão contornados e, em um breve espaço de tempo, esse ouvinte retornará para o seu país de origem e tudo voltará ao normal.

No entanto, pode se constatar quão abissal e discrepante é esta realidade quando adentramos no mérito de uma pessoa surda em situações semelhantes. Um surdo brasileiro não teria dificuldades somente fora de sua nação. Ele vive e enfrenta diariamente todas essas dificuldades seu país natal; convive no seio familiar, porém existe a barreira comunicativa que o segue aonde quer que ele vá. Ouso dizer que seria o mesmo que estar em um país estrangeiro, por não ter possibilidade se comunicar, mas ele está em seu próprio país: São estrangeiros em sua própria pátria! São pessoas que estão em sua nação, mas não podem exercer de forma digna a comunicabilidade necessária, limitando-os ao exercício da comunicação com alguns dos seus familiares ou com aqueles que mantêm determinado vínculo de afinidade ou confiança.

Desse modo, observa-se que não há motivos para que estas pessoas sejam repelidas. O que precisa ser evidenciado e conscientizado é que os surdos são pessoas capazes e dotadas de direitos e deveres como qualquer outro cidadão, no entanto só existe a limitação no campo sensorial, na esfera da comunicação. Não estamos falando de absolutamente incapazes, tampouco de pessoas relativamente incapazes, visto que o código civil, com excelente entendimento, revogou os artigos que assim os considerava.

Discute-se aqui a efetividade de seus direitos. Necessário se faz que um novo olhar seja direcionado a estes. Imprescindível é que o referido grupo não fique à margem do que lhes garante a lei.

ISSNe 2595-1602

LIBRAS – SEGUNDA LÍNGUA OFICIAL DO BRASIL

A língua oficial do Brasil é o português instituído pela ampliação da Lei do Diretório desde 1759. Mas o que muita gente não tem ciência é que existe uma segunda língua oficial no país. A lei 10.436 de 24 de abril de 2002, oficializou e reconheceu a LIBRAS – Língua Brasileira de Sinais como a segunda língua oficial no Brasil. Um projeto de lei aprovado que visou atender as necessidades dos surdos, por meio legal de comunicar com o fim de transmitir ideias e expressões comunicativas com gramática específica destinada às pessoas com deficiência auditiva e foi um marco histórico na efetividade dos direitos destes.

Mas o que precisamos mostrar é que, por mais que o projeto em tela seja um marco histórico e evolutivo da função social do direito, ainda há muito que se discutir e estudar, pois além de a maioria dos brasileiros não terem conhecimento de que tal lei exista e que os surdos têm a garantia dos seus direitos legalmente instituídos, ainda existe a atuação do Estado que pouco se esforça para que as leis sejam cumpridas.

Uma vez que a LIBRAS é uma língua oficial, um patrimônio linguístico e cultural do Brasil, é muito importante que tal garantia ultrapasse o aspecto jurídico, a letra da lei; que transponha as barreiras de limitação dos surdos, conscientizando as pessoas das diferenças existentes e construam um meio social mais justo e equânime. A sociedade precisa estar a par das mudanças legais e sociais que dão forças às minorias. Uma sociedade que se solidariza com o outro que é diferente é uma sociedade evoluída.

Utilizar-se da língua de sinais para se comunicar é uma forma de garantir o reconhecimento de que os surdos precisam ter seu lugar de integração na sociedade. E quanto mais a sociedade tomar consciência disso, maior será a sua efetividade, pois as consequências positivas para a comunidade surda serão infindas.

Os surdos não podem fazer parte de um contexto isolado num vasto país como o Brasil. Eles precisam fazer parte do processo evolutivo que a lei proporciona, sendo estes inseridos sem dificuldades no contexto social e que os direitos que ainda não foram alcançados venham a ser, sem necessitar recorrer à justiça. Não se pode falar no exercício efetivo de direitos políticos, direitos civis e em direitos igualitários como bem expõe o artigo 2º, IV da Constituição se não levarmos em consideração essa parcela específica da sociedade que precisa ter seus anseios ouvidos, e seus direitos resguardados: "(...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. " CF/88. (Grifo nosso)

Não se pode negar os obstáculos enfrentados pelos surdos no pais, pois já foram detectados e, se são constantemente abordados, é porque giram em torno da falta de aplicabilidade de modo eficaz das normas já existentes.

Se todos esses fatores são fixamente aventados no Brasil, é porque ainda não tiveram a solução, tampouco o êxito almejado. As leis não estão garantindo a prática coerente dos direitos dos surdos e consequentemente muitos estão perdendo-os, bem como ficando privados da oportunidade de exercer com afinco a sua cidadania. E como afirma Sonia Bridi: "A sociedade que nega os direitos de uns, acaba retirando os direitos de todos". [6]

ISSNe 2595-1602

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

No contexto da pessoa com deficiência a redação originária do código civil de 2002 foi devidamente modificada trazendo à baila uma nova perspectiva redacional proposta pela lei 13.146/2015 em seu artigo 6º apontando que a deficiência não afeta a plena capacidade dos surdos. O problema está ligado à falta de acesso à comunicação, sendo este um fator que impera uma discussão detalhada, tendo em vista que os surdos têm, por lei, o direito à comunicação assegurada, consoante lei 10.436 e torna oficialmente a LIBRAS como a segunda língua brasileira.

Farias (2018), respeitável doutrinador civilista entende que o fato de uma pessoa ter uma deficiência não há que se falar em incapacidade. O próprio código não suscita dúvidas, pois anteriormente uma pessoa com deficiência era considerada incapaz. No entanto, houve a mudança dessa ótica, cujo entendimento atual e moderno do Código Civil aliada ao inovador EPD, precisamente no artigo 6º, que expõe veementemente que uma pessoa surda é capaz, sim, de exprimir suas vontades, retirando dessas a sua incapacidade relativa: "A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]". (grifo nosso)

Os surdos têm a possibilidade de desfrutar, de modo pleno e eficaz, os seus direitos e deveres civis que lhes são pertinentes, no entanto, são impedidos de realizá-los devido à falta de acesso comunicativo, à saúde com profissionais capacitados para a atender à demanda e de escolas preparadas para receber esse público de modo

que positivem a inserção destes na sociedade. Se as leis fossem cumpridas corretamente, eles não estariam lutando por direitos que estão na lei, mas que não estão sendo devidamente concretizados.

Gonçalves (2018), afirma que a pretensão do legislador, mediante tais inovações, é justamente impedir que os deficientes sejam tanto considerados quanto tratados como incapazes, pois não há como falar em dignidade da pessoa humana e garantias civis e constitucionais se estas não são devidamente certificadas em seu cumprimento de modo eficaz e efetivo.

O artigo 2º da EPD apregoa que é considerada uma pessoa com deficiência:

> Aquele 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. (Grifo nosso)

O artigo supra pauta a discussão na pessoa com impedimento sensorial que pode ter obstruída a sua participação plena e efetiva na sociedade. Nesse impedimento sensorial está inserida a característica da surdez. Dos cinco sentidos sensoriais, um deles causa o tolhimento da prática do *modus vivendi* do surdo, pois a impossibilidade de ouvir interfere na relação interativa com o social.

Em detrimento da falta de comunicação, o surdo pode não exercer suas atividades sociais básicas, resultando em embaraços na hora de conseguir empregos, ir à escola e em consultas médicas necessárias. Constata-se que a maioria dos dissabores que são vivenciados pelo não ouvinte, são comuns e ocorrem por não haver um olhar questionador para essas dificuldades que são reais, mas que constantemente são ignoradas. Conclui-se que a comunicação é um fator preponderante para que a pessoa nessa condição seja integrada ao convívio social sem perder quaisquer dos seus direitos.

Quando não existem meios possíveis de comunicação que os integrem à sociedade, há o isolamento provocado pelas dificuldades de se comunicar com o mundo externo. Desse modo, tanto o Estado quanto a sociedade precisam voltar a sua atenção para essa problemática.

Em seu preâmbulo[7], a Declaração Universal dos Direitos Humanos[8], considera que seja essencial que os direitos humanos sejam protegidos pela Lei. Não é na invisibilidade que o problema se resolverá. É por intermédio de debates que se encontram condições eficazes de inserção destes ao vínculo social, demonstrando a importância da evolutiva consciência da sociedade no qual aquele surdo está inserido. Se há leis que institucionalizam a integração do deficiente na sociedade, fica então a certeza de que, se estas forem aplicadas, as transformações tendem a ocorrer.

A Lei é uma fonte formal do direito que visa reger de forma soberana as condutas de uma sociedade. Ou seja, o direito é geralmente concebido como uma prática, como a arte de exercer a justiça (LÈVY-BRUHL, 1997). Depreende-se que se o direito é a arte de exercer a justiça, há de se convir que o não cumprimento efetivo da lei que garante e promove as condições de igualdade e efetividade dos direitos dos

ISSNe 2595-1602

surdos, quem está sendo devidamente priorizada é a injustiça. O Direito tem função primordial de promover a justiça social. Quando esses direitos não são efetivados, princípios basilares como o da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos são gravemente violados e vilipendiada se firma a importância de sua função social.

Saliento que o reconhecimento mundial de defesa da igualdade social e os seus direitos estão alicerçados na DUDH. Embora esta não tenha força de Lei, há que se ressaltar a sua imprescindibilidade na luta contra a discriminação e na defesa da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A DUDH encontra amparo legal em seu discurso, sobretudo quando pautado no conceito analisado pelo artigo 5º do Estatuto aqui estudado, pois este assegura que:

> A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. (grifo nosso)

Destarte, denota-se que apesar dos avanços e das leis que são específicas para atender a toda essa demanda social, há um enorme abismo estrutural entre a norma e sua aplicabilidade ao caso concreto no contexto da inclusão dos surdos nas mais diversas áreas sociais.

A legislação garante à comunidade aludida os seus direitos, entretanto o Estado não está produzindo, tampouco dispondo de meios que certifiquem que essas garantias estejam, de fato, sendo efetivamente executadas. Não obstante a consensualidade da necessidade de dirimir o problema, a controvérsia se instaura na força motriz do problema: a lei existe, mas não está efetivando os direitos dos surdos em sua totalidade no Brasil. Não se pode discutir efetividade se um ínfimo número de pessoas é assistido. Se não há um contingente maior e uma parcela mais significativa sendo atendida e seus direitos resguardados, a lei não atingiu o seu real desígnio.

ISSNe 2595-1602

DO DIREITO À SAÚDE

A saúde pública no Brasil é uma questão muito delicada de se discutir. A maioria das pessoas que procuram atendimento têm dificuldades no acesso a essa premissa básica constitucional. A falta de estruturas e de tratamento igualitário são formas claras de demonstram o quanto se precisa avançar ao distribuir recursos que melhorem consideravelmente o acesso à saúde do nosso país.

Dentro desse panorama de acessibilidade à saúde pode-se enxergar outra situação: como são tratados os surdos nesse contexto.

> Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.
> § 1º É assegurada a participação da pessoa com deficiência na elaboração das políticas de saúde a ela destinadas.

Por mais que haja um dispositivo legal que preconize que é um direito do deficiente o acesso à saúde, nos hospitais, os surdos vivenciam muitos infortúnios, pois além de estarem vulneráveis no ambiente hospitalar em virtude dos problemas linguísticos, visto que em locais como estes muito raramente se encontram pessoas

que se comuniquem por LIBRAS, ainda há problema com a sua saúde, pois o SUS (Sistema Único de Saúde) também não garante que sejam efetivados direitos paritários.

Quando um surdo vai a uma consulta, geralmente providencia um intérprete para intermediá-lo com o fim de transpor a barreira linguística entre médico e paciente, portanto acaba assumindo uma responsabilidade que não era para lhe ser atribuída, sendo esta precipuamente atribuída ao Estado. Em determinadas situações quando se vai a um médico, a relação estabelecida de confidencialidade deixa de existir por causa de um terceiro presente, gerando constrangimento e embaraços para o surdo. Muitos deles costumam desistir de suas consultas por não se sentirem confortáveis com a situação.

Outro fator preponderante ocorre quando os termos técnicos específicos usados pelos médicos constituem mais um problema, deixando o surdo confusos. Na maioria dos casos, o médico, por não poder se comunicar com o seu paciente surdo, pode se equivocar nesse diálogo repleto de lacunas interpretativas e com isso, obter um diagnóstico inconclusivo que resulte no receituário de medicamentos errados, sendo grande a probabilidade de o surdo ter alguma patologia que reaja negativamente ao referido medicamento causando-lhes danos e em situações mais drásticas e graves, levá-los a óbito.

> A partir do Decreto 5.626/05 foi determinada a obrigatoriedade de organização dos serviços do SUS para atendimento da pessoa surda, contudo, mais de 10 anos depois, o sistema público de saúde ainda apresenta muitas falhas e obstáculos no atendimento dessa parcela de usuários. (SOUZA, 2017)

Ao longo de todo o capítulo III do Estatuto em foco, constata-se que a sua estruturação textual é voltada para atender às necessidades dos deficientes, dando-lhes autonomia e dignidade no tocante ao modo como deve ser o atendimento no Sistema Único de Saúde. Dentro de um contexto democrático, os deficientes, o quais estão inclusos os surdos, devem participar da elaboração das políticas de saúde a elas destinadas e taxativamente se verifica tal questão no parágrafo primeiro do artigo 18. No entanto, a discrepância entre a letra da lei e as atividades elaboradas e executadas diariamente nos hospitais mostram que o Estado nada tem feito para diminuir as desigualdades e as dificuldades que os surdos enfrentam constantemente.

Levy-Bruhl (1997) afirma que “o direito emana do grupo social; as normas jurídicas expressam a maneira pela qual esse grupo entende que devam ser estabelecidas as relações sociais. ” p.40, mas ao fazer uma análise comparativa entre as relações sociais e as normas jurídicas pode-se concluir que o Estado tem muito a repensar sobre sua atuação no meio social dos surdos brasileiros, pois o que se vê nitidamente é o descaso e a negligência que fazem com que os surdos se mantenham à margem do que está instituído no Estatuto que forte e acertadamente os defende.

Incumbe ao Estado o dever de cuidar daqueles que estão sob sua tutela. Se o artigo 5º do mencionado Estatuto garante que a pessoa com deficiência deve ser protegida de toda forma de negligência e de tratamento desumano, e isso não está ocorrendo, temos que discutir a aplicabilidade das normas criadas. Se existem regulamentos normativos para definir o caso em apreço e o papel destes não está sendo realizado cabalmente, tampouco atendendo às demandas sociais das quais os

ISSNe 2595-1602

surdos necessitam para viver dignamente, não há o que se discutir; resta simplesmente coadunar com a comprovação de que a falta de efetividade existe e que os surdos, de fato, não têm os seus direitos resguardados conforme se estabelece na Lei.

DO DIREITO À EDUCAÇÃO

O texto apresentado no caput do artigo 27 do EPD aduz que a educação é direito constituído da pessoa com deficiência. Assegurando a inclusão por meio do sistema educacional em todos os níveis da vida, a fim de que os administrados pela referida lei possam desenvolver suas habilidades e talentos tendo uma aprendizagem que os estimule em todos os aspectos de sua vida; desde a intelectualidade, até mesmo os aspectos sensoriais e sociais.

> Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. (grifo nosso)
> Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

ISSNe 2595-1602

Pode-se coligir, a partir do entendimento do texto legal, a relevância da qualidade do processo educativo e inclusivo de quem pela respectiva Lei devem ser alcançados: Os surdos fazem parte desse processo e não podem ser simplesmente ignorados. Inseridos nesta extensa gama de problemas sociais, ainda que muitas conquistas tenham sido alcançadas em virtude da lei, há muito o que se discutir quanto aos direitos que precisam ser efetivados.

O cerne da questão se relaciona com o desconhecimento da lei por uma grande parte da sociedade, que aliada a isso ainda tem impregnado o preconceito. Cassiano (2017), afirma que as leis brasileiras sofreram influencias de documentos internacionais que contribuíram significativamente para que a comunidade surda ganhasse força para lutar por seus direitos, mas existe o enraizamento histórico de valores que ainda reproduzem o preconceito. Em suma, o autor em voga quer enfatizar que, por mais que existam leis que contribuem para o progresso e avanço da comunidade surda no país, os mesmos ainda sofrem com a negligência do Estado na aplicabilidade da lei, bem como sofrem com o preconceito da sociedade.

> As características da sociedade atual criam barreiras entre o mundo dos ouvintes e o mundo dos surdos. Mesmo com as leis que deixam claros os direitos dos surdos, os preconceitos ainda são fortes na sociedade (CASSIANO, 2017).

O Parágrafo único do artigo 27 da lei em estudo avaliza de quem deve partir o dever de assegurar uma educação de qualidade aos surdos. Iniciando com o dever do Estado, passando pela família e chegando à sociedade. Verifica-se com o texto normativo que todos têm o dever de certificar que os surdos tenham suas garantias

efetivadas. Com base no exposto, vale destacar que no dia 22 de dezembro de 2005, o Decreto 5.626[9] foi devidamente assinado e apresenta o uso da LIBRAS nos currículos escolares desde o ensino médio ao superior, tanto em rede pública como nas redes privadas de ensino. Tal decreto visa propor que a LIBRAS e a Língua Portuguesa, língua materna brasileira, sejam obrigatoriamente acessíveis para os surdos pelas vias educacionais.

> Art. 3º. A Libras deve ser inserida como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de Fonoaudiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. DECRETO Nº 5.626, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005.

De acordo com o exposto no Decreto em apreço, entende-se que é asseverado às pessoas surdas o direito de estar na escola ou classes que possam efetivar a sua comunicação e aprendizagem. Conforme previsto, é prioritário que haja um atendimento especializado que atenda às suas necessidades e que esteja em consonância com sua respectiva deficiência.

> A inclusão de alunos com deficiência é alvo de constante discussões, no caso dos alunos surdos alvos da pesquisa, essa dificuldade de inclusão fica evidenciada pela diferença linguística em sala de aula, onde se faz necessário, caso o professor não esteja preparado quanto a Libras, um tradutor interprete que não substitui o professor, apenas traduz o conteúdo apresentado, fazendo uma ponte de comunicação entre o aluno e o professor e estratégias pedagógicas adequadas que auxiliem esses professores em sala de aula. [10]

Ante o supramencionado, há que se discutir a diferença entre garantia legal do direito do surdo na escola, ou seja, aquilo que já está legitimado e a sua permanência na sala de aula. Talvez a expectativa de manter o aluno surdo em uma sala de aula, porque existe uma lei que assim o defina, seja maior que as próprias ferramentas que são utilizadas para promover a sua constância de modo amplo e efetivo no âmbito escolar. Por mais que a Lei expresse quais os meios cabíveis e possíveis para a inclusão dos surdos na escola, ainda há muito para avançar na esfera da educação e aprendizagem destes, pois em termos de efetividade, existe um enorme número de surdos que precisa ser alcançado para que possam ser extraídos da estatística da marginalização social.

REFERENCIAL METODOLÓGICO

A pesquisa caracteriza-se por um estudo descritivo e exploratório, baseado em revisão bibliográfica e documental, onde busca-se realizar um estudo crítico das publicações existentes. Procurou-se discutir o tema com base em referências teóricas

ISSNe 2595-1602

publicadas em livros, revistas, artigos de periódicos, obtidos a partir da consulta às bases de dados.

Após a coleta e análise dos dados, realizou-se uma análise descritiva buscando estabelecer uma ampliação do conhecimento sobre o tema.

Desta forma, buscou-se não apenas realizar análise sobre o tema a partir das reflexões já efetivadas, mas proporcionar uma reflexão sobre novos mecanismos a serem efetivados para intervir sobre o fenômeno investigado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi o alicerce firme para a construção e concretização dos direitos dos surdos, bem como dos demais deficientes no Brasil. A forma com a qual se percebe a coerência da lei com a finalidade de dignificá-los, não deixa dúvidas que ao entrar em vigor, procurou-se estabelecer um parâmetro de igualdade aos seus tutelados retirando-os do status de incapazes, não obstante as suas deficiências.

Da análise de toda conjuntura Legal e do modo com o qual a norma que os rege está sendo aplicada, verifica-se que a inefetividade desta é real, caminha a passos largos e tem raízes sólidas. No entanto, mesmo que existam todos esses infortúnios, ainda há a possibilidade de mudanças que tragam visibilidade e benefícios para esta parcela importante da comunidade.

O Estado precisa voltar o seu olhar para os surdos, implantando medidas que visem ajudar na conscientização da sociedade e deve também fazer o esforço necessário para melhorar as políticas públicas. É preciso executar as leis e promover a eficácia da aplicabilidade destas com a devida coerência, de modo que alcance aqueles que não são favorecidos, com o fito de mudar a realidade social dos surdos. É seu dever protegê-los e garantir, não apenas no papel, os direitos que com muito afinco e árdua luta foram obtidos.

Tanto o direito à dignidade, o de exercer sua cidadania quanto a liberdade são direitos e garantias fundamentais convencionados na Carta Magna do nosso país, quando o próprio Estado os viola, é imperativo que se intervenha, pois um país que exclui e tolhe os direitos dos quais ele deveria amparar é um país que precisa rever seus conceitos, pois está andando na contramão da justiça e inclusão social. E se todos são iguais perante a Lei, sem nenhum tipo de distinção ou discriminação e no caso concreto, ou seja, na prática, não se vê acontecer o que está disciplinado no ordenamento jurídico, então a falta de efetividade na aplicação das normas destinadas aos surdos, embasada no Estatuto da Pessoa com Deficiência é uma realidade comprovada.

NOTAS

[1] Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasil, 2002.
[2] Fonte: Censo 2010 – Tabela 8 (pg. 76)
[3]https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/10-milhoes-surdos-brasil-site-esta-pronto-para-eles/

[4] https://countrymeters.info/pt/Portugal

ISSNe 2595-1602

[5] Repórter do Fantástico em uma reportagem específica para surdos no Brasil. 2018. www.g1.com/fantastico

[6] Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.

[7] Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

[8] Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

[9] Evasão escolar de alunos surdos: Por que não intervir ao invés de criticar? IV Programa Nacional de Educação. CONEDU.A pesquisa fora realizada nas Escolas Públicas de Santana do Araguaia – PA.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 2002, Lei n. 10.406, de 10 de jan. de 2002. *Código Civil.* [Consult. 12 dez. 2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL, 2005. *Decreto n.º 5.626/05*, de 22 de dez. de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras. [Consult. 12 dez. 2018]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm>.

BRASIL, 2015*, Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015.* Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. [Consult. 12 dez. 2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5626.htm>;

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Lei Nº. 10.436, de 24 de abril de 2002*. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS.

CARVALHO, Carla Cristiane. *et al*. *Evasão Escolar de alunos surdos: Porque não intervir ao invés de criticar?* IV CONEDU. Congresso Nacional de Educação. Artigo. 2017 [Consult. 05 jan. 2019]. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/revistas/conedu/trabalhos/TRABALHO_EV073_MD1_SA10_ID5995_05092017091738.pdf>.

CASSIANO, Paulo Victor. *O surdo e seus direitos: Os dispositivos da Lei 10.436 e do Decreto 5.626*. ed. 21. Atual. Maio de 2017 – ISSN 1982-6842. [Consult .29 dez. 2018]. Disponível em: <http://editora-arara-azul.com.br/site/admin/ckfinder/userfiles/3%C2%BA%20Artigo%20de%20Cassiano.pdf>.

ISSNe 2595-1602

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: famílias*. Cristiano Chaves de Farias / Nelson Rosenval. 10° ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. 1.056p. ISBN 978-85-442-1958-4

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 1: parte geral. 15.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2017. 687p. ISBN 978-472-1290-2

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 6: Direito de família. 15.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 728p. ISBN 978-85-472-2316-8

LÈVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*, trad. Antônio de Pádua Danesi, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 141p. ISBN 85-336-0783-0

PAREDES. Arthur. *Já são mais de dez milhões de surdos no Brasil. Seu site está pronto para eles?*. 2017. [Consult. 10 jan. 2019]. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/10-milhoes-surdos-brasil-site-esta-pronto-para-eles/>>.

PINHEIRO. Adriano Martins. *Direitos das pessoas surdas no Brasil: LIBRAS, Educação e dinheiro público*. 2015. [Consult. 09 jan. 2019]. Disponível em: <https://adriano-pinheiro.jusbrasil.com.br/artigos/235066696/direitos-das-pessoas-surdas-no-brasil>.

SOUZA. Maria Fernanda Neves Silveira de. et al. <<Principais dificuldades e obstáculos enfrentados pela comunidade surda no acesso à saúde: uma revisão integrativa de literatura>>. *Rev. CEFAC* [online]. ISSN 1982-0216, 19/3, (2017) 395-405.

ISSNe 2595-1602

O DANO MORAL E O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

Clayton Reis[1]
Guilherme Alberge Reis[2]

RESUMO

A evolução da imprensa, desde a sua criação no séc. XV por Gutenberg, assim como a massificação e a perenização da informação no séc. XXI, fazem com que seja cada vez mais difícil obstar o acesso de terceiros a fatos desabonadores de nossa vida. Assim, em leitura do direito à privacidade, surgiu em 1890 nos Estados Unidos um embrião do Direito ao Esquecimento. Este direito se opera quando há violação de direitos da personalidade (em especial a honra e a intimidade) e inexista interesse público ou histórico na divulgação de uma informação. Em regra, é exercido *in natura*, ou seja, como dever de abstenção, mas caso se verifique uma violação concreta, é perfeitamente lícito que se arbitre uma indenização a título extrapatrimonial. Para ilustrar o tema serão estudados os *leading cases* da União Europeia e do Brasil, assim como a recente evolução legislativa do instituto, para finalmente se analisarem os critérios na fixação do *quantum* indenizatório.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Personalidade. Responsabilidade Civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Pós-doutor em Responsabilidade Civil pela Universidade de Lisboa, Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Advogado, magistrado aposentado do TJPR, e Professor do mestrado no Unicuritiba e da graduação na Universidade Tuiuti do Paraná. E-mail: clayton@reisealberge.com
[2] MBA em Marketing pela FGV, LLM em Direito Empresarial pela FIEP e Pós-graduação em Processo Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Bacharel nos cursos de Direito e Relações Internacionais. Advogado. E-mail: guilherme@reisealberge.com

1. Introdução.

Até o século XV, com a criação da imprensa por Gutenberg, os registros históricos se concretizavam por meios artesanais e trabalhosos, que não permitiam a massificação do conhecimento. Ainda que existisse a linguagem escrita, muitos registros foram perdidos ao longo do tempo. O conhecimento existia, mas sua localização era, muitas vezes, impossível ou, ao menos, restrita a uma pequena parcela da população.

Foi apenas no século XX que ocorreu uma verdadeira revolução dos meios de comunicação, com a expansão do acesso ao rádio, TV e internet. A exponencial revolução tecnológica pela qual passamos, especialmente a partir da década de 90, transforma nosso *modus vivendi* e, sobretudo, a relação de cada indivíduo com a privacidade. A produção de conteúdo, que antes ficava restrita a meios de comunicação, agora é democratizada[i]. Por sua vez, o acesso à informação escrita, antes da popularização da internet restrita a bibliotecas, "tende a ser perene"[ii]. Ademais, com a profusão de *smartphones*, basta uma consulta ao Google para obter informações outrora sigilosas acerca de praticamente qualquer pessoa ou fato.

Outro vetor dessa produção de conteúdo – aqui, relevante fazer a distinção entre "conteúdo" e "conhecimento", já que nem sempre no ambiente online são equivalentes – são as redes sociais. O acesso a elas faz com que jovens, desde muito cedo e sem qualquer filtro quanto às consequências de uma hiperexposição, compartilhem suas vidas em busca de "curtidas". Em resumo, "o 'público' é colonizado pelo 'privado' o 'interesse público' é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados"[iii].

Há quem diga, inclusive, que "as redes sociais têm um efeito nocivo sobre a sociedade, criando uma montanha de informações que aumenta, ao invés de diminuir, a necessidade de especialistas que possam interpretar e aplicar essa informação de forma confiável". A democratização da produção de conteúdo torna qualquer pessoa um meio de comunicação capaz de atingir milhões de pessoas independente de se fazer um filtro quanto à sua veracidade, gerando potenciais efeitos lesivos dos direitos da personalidade de terceiros.

Segundo consta, a discussão jurídica acerca de um insipiente "direito ao esquecimento" teve origem na doutrina de WARREN e BRANDEIS, em trabalho publicado em 1890 intitulado "The Right to Privacy" – discussão fomentada em decorrência do incômodo gerado pela "coleta ou a divulgação de informações acerca de fatos pessoais indesejáveis sobre elas [as pessoas], um fenômeno tipicamente atrelado à expansão urbana das sociedades industriais e ao crescimento da imprensa, sobretudo dos tabloides de fofoca"[iv].

Assim, embora o direito ao esquecimento seja uma discussão que remeta, nos Estados Unidos, à doutrina do século XIX, por evidente que a massificação da produção de conteúdo aliada à sua perenização, faz com que o instituto adquira novos contornos e ganhe relevância jurídica cada vez maior.

Em países da *civil law*, o processo legislativo não caminha com a rapidez desejada para abarcar todas as situações potencialmente conflituosas da vida moderna. Com isso, é desejável que novas situações não reguladas diretamente pela lei sejam lidas a partir de preceitos constitucionais, especialmente em suas

ISSNe 2595-1602

dimensões substancial (acolhendo a normatividade vinculante de princípios) e prospectiva (mediante a releitura interpretativa dos casos práticos feita pelos tribunais)[v].

Deve-se ter em mente que o indivíduo pode alterar seu *status*, e ter o direito de modificá-lo sem que as pessoas tenham acesso a fatos desabonadores de sua vida pregressa, sendo perfeitamente lícito que escolha não ficar refém de fatos que ocorreram no passado e que, ademais, já não possuem qualquer relevância pública para a sociedade. A curiosidade alheia não autoriza a divulgação de fatos desabonadores, potencialmente lesivos aos direitos da personalidade.

Segundo o poeta italiano Ludovico Ariosto, "a honra está acima da vida". Para construir este raciocínio, sustenta que a vida, por mais importante e duradoura que seja, sempre terá um fim, ao passo que a fama ecoará por séculos. Antônio CHAVES sintetiza com maestria este sentimento: "a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o matar"[vi]. O ordenamento jurídico deve, destarte, zelar pela preservação da honra de qualquer pessoa.

A partir dessas considerações, a dignidade da pessoa, que abrange a honra, a imagem, e o nome, deve servir como norte para todo o ordenamento jurídico, atuando como verdadeira regra hermenêutica cogente, com aplicabilidade horizontal e imediata[vii]. Os direitos personalíssimos possuem, assim, rol não exaustivo, que devem necessariamente ser relidos e interpretados para possibilitar que abarquem novas situações da vida moderna – há que se combater uma excessiva dogmatização que privilegie a forma em detrimento do conteúdo.

Diante deste contexto histórico, o direito ao esquecimento evoluiu para permitir que alguém não sofra uma penalização eterna, com a lembrança perene sobre seu passado, sobretudo em razão da massificação dos meios de comunicação. Para Luis Martius Holanda Bezerra Junior, "o direito ao esquecimento é um direito subjetivo de índole negativa, ou seja, opera no campo gerador de um dever geral de abstenção, invocado quando se busca obstar ou reagir a uma violação, sem qualquer utilidade ou justificativa de interesse público"[viii]. A palavra-chave, aqui, é "interesse público" – um fato antigo deixa de ser notícia quando sua divulgação não é mais necessária, quando o acesso a tal informação se reveste de mera curiosidade ou bisbilhotice, sem que haja qualquer importância histórica hábil a autorizar sua propagação.

Assim, também podemos conceituar o direito ao esquecimento como "a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais"[ix]. Nesse caso, o direito de não ser lembrado revela o exercício do princípio da dignidade da pessoa de não ser molestada por fatos desabonadores do passado.

2. Dano à pessoa e o conflito com os direitos à informação e à livre manifestação do pensamento.

A liberdade de imprensa e a livre manifestação do pensamento são garantias constitucionais, fundamentais para a boa saúde de qualquer democracia.

ISSNe 2595-1602

Na Constituição Republicana Brasileira, tais preceitos ecoam nos artigos 5º, inciso IV, e 220, ao passo que na Constituição Portuguesa encontram-se insculpidos nos artigos 37º e 38º.

Contudo, nas Cartas Magnas de ambos os países, os próprios dispositivos que asseguram a liberdade de imprensa a condicionam à estrita observância de alguns direitos fundamentais, havendo que se resguardar, dentre outras importantes liberdades individuais, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, de maneira que a violação a qualquer desses preceitos gerará o direito à reparação proporcional ao agravo, ainda que exclusivamente moral. Mais do que garantir a reparação em caso de violação, deve-se evitar e o ato ilícito.

É opinião uníssona da doutrina e da jurisprudência que não existe direito ilimitado. Assim, a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa encontram barreiras caso o suposto fato que se pretende noticiar for falso ou tiver origem em um rumor não verificado. No entanto, e se o fato for verídico, mas não houver interesse público atual em sua divulgação? E mais: caso a suposta vítima tenha sido a pessoa que voluntariamente se expôs a uma situação lida atualmente como depreciativa? Nesses casos entra em ação a doutrina do direito ao esquecimento.

Nessa linha de raciocínio, surge o seguinte questionamento: em que medida os tribunais podem interferir em fatos a serem divulgados? Como já adiantamos, deve-se aferir, primeiramente, se há interesse público. Em linhas gerais, não há interesse público quando uma notícia antiga é “requentada”.

Ainda assim, existe uma zona cinzenta quando entram em choque tais preceitos constitucionais. Para importantes doutrinadores, quando tal situação ocorrer, prevalecem os direitos individuais: “ocorrendo a invasão da imprensa na esfera constitucional de proteção dos direitos à honra, à intimidade, à liberdade e, enfim, à personalidade da pessoa, então, no cotejo entre o direito de resguardo e o direito de divulgar e informar, prevalece o primeiro”[x].

Contudo, quando houver algum fato histórico que justifique a manutenção da informação, com a existência de interesse público, este deve prevalecer sobre os direitos individuais, e o conteúdo não deve ser apagado. O *impeachment* de um Presidente da República, dentro de décadas, pode ser interpretado como um fato desabonador de sua conduta, que permanecerá gravado na história e acessível a qualquer pessoa que, no futuro, pesquise por seu nome. Entretanto, é inequívoco que se trata de fato histórico, cuja supressão violaria frontalmente o interesse público e o direito à informação.

Na obra Dano Moral, o coautor deste artigo, Clayton Reis, destaca que “o ato de esquecer revela nobreza e o ato de não esquecer a conduta ética, moral e construtiva da pessoa, é indicativo de valor supremo, porque os bons exemplos não devem jamais ser esquecidos, para fortalecer a fragilidade da existência”[xi].

O caso precursor, no mundo, em que foi abordado o direito ao esquecimento foi Melvin v. Reid[xii], julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931. Em resumo, a apelante, cujo nome de solteira era Gabrielle Darley, era uma prostituta que foi julgada e absolvida por um homicídio. Após sua absolvição, ela abandonou seu antigo ofício e, em 1919, casou-se com Bernard Melvin, assumindo uma posição respeitosa e proeminente perante a sociedade local – a maioria das pessoas com quem convivia, não tinha ciência de sua vida pregressa.

ISSNe 2595-1602

Contudo, em 1925, os réus produziram um filme intitulado "The Red Kimono", exibido em cinemas de diversos estados, baseado em fatos reais, precisamente na vida pregressa da apelante, utilizando, inclusive, seu nome de solteira, o que permitiu sua identificação. A repercussão foi tamanha que pessoas do convívio da apelante passaram a rejeitá-la, ocasionando abalos físicos e morais, pelos quais pleiteou compensação.

O precedente destacou que o "direito à privacidade" não era unanimemente aceito em outros estados e que o único local que continha uma lei proibindo a publicação da história de uma pessoa, ou de incidentes de sua vida, sem o seu consentimento, para fins publicitários ou visando ao lucro, era o Estado de Nova Iorque. Contudo, mesmo sem legislação suportando o pleito, algumas jurisdições reconheciam o direito ao esquecimento (*right to be let alone*).

Para construir a *ratio decidendi*, primeiramente chamou-se atenção que os fatos relativos ao julgamento da autora eram públicos e, assim, não estariam acobertados pelo direito à privacidade. Contudo, os criadores do filme foram além, utilizando o nome verdadeiro de solteira da demandante e também fatos pretéritos de sua vida, cuja divulgação não se revestia de interesse público. Neste caso, o entendimento foi que assistia razão à autora uma vez que "o direito de perseguir a felicidade é garantido a todos pela lei fundamental de nosso estado. Este direito, por sua própria natureza, inclui o direito a uma vida livre sem ataques desautorizados à liberdade, propriedade e reputação de alguém"[xiii].

Conclui, assim, que em razão da requerente ter abandonado sua vida pregressa, obtendo uma posição de respeito na sociedade, os requeridos jamais poderiam ter destruído sua reputação com o único intuito de lucrar sobre fatos que deveriam permanecer no ostracismo. A Corte, finalmente, reformou a decisão de origem, que havia decidido pela inexistência de direito de agir.

Atualmente, resta consolidada nos Estados Unidos uma proteção dualista do direito à imagem: o *right of publicity* tutela o direito de uma pessoa vir a público para exploração econômica de sua imagem, ao passo que o *right of privacy* regula o aproveitamento econômico não consentido por terceiro, que autoriza pretensão indenizatória[xiv].

Por evidente, houve uma evolução no que diz respeito ao precedente estadunidense da década de 30, já que, atualmente, é pacífico que até mesmo pessoas públicas e fatos amplamente divulgados podem estar sujeitos ao esquecimento, caso não exista interesse público. "Sendo celebridade ou não cabe a imposição do direito ao esquecimento, como medida a preservar a dignidade da pessoa humana, o direito de imagem e da preservação do seu conteúdo patrimonial"[xv].

Uma vez delimitado o âmbito de atuação do direito ao esquecimento e como é lido o choque entre direitos da personalidade e a livre manifestação do pensamento/liberdade de imprensa, passaremos à análise jurisprudencial do instituto na União Europeia e no Brasil.

3. Perspectiva do Direito ao Esquecimento na União Europeia.

O Código Civil Português prevê, em seu artigo 80º, que "todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem". Em sentido

ISSNe 2595-1602

semelhante, há o artigo 70º, como "tutela geral da personalidade", protegendo "os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral". Embora não haja norma específica regulando o direito ao esquecimento, essas normais gerais tutelam o direito à privacidade, de maneira que, em Portugal, "pretende-se assim defender contra quaisquer violações a paz, o resguardo, a tranquilidade duma esfera íntima da vida; em suma, não se trata de tutela da honra, mas do direito de estar só (...) (*right to be alone*)"[xvi].

A partir dessas normas gerais, emana a necessidade de garantir a qualquer cidadão o direito a ser esquecido, nos mesmos contornos já expostos, em que se constate a inexistência de interesse público na divulgação de um fato antigo. Com isso, diante "da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros"[xvii].

Contudo, apesar do Direito Português prever normas de proteção aos direitos da personalidade que abarcam o direito ao esquecimento, é na jurisprudência comunitária que o entendimento sobre a matéria ganha destaque.

O caso mais emblemático de direito ao esquecimento foi julgado em 2014 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (Caso C-131/12 – Google v. Mario Costeja González[xviii]). Em resumo, ao consultar pelo nome de um cidadão espanhol nos instrumentos de busca, apareciam dois links que remetiam à página web do jornal *La Vanguardia*, que relacionavam a páginas que continham a informação sobre o leilão de um imóvel levado a efeito em razão de débitos da seguridade social do demandante. O Sr. Costeja González requereu que o jornal removesse as páginas que levavam ao seu nome, e que o Google, por sua vez, removesse os links que levavam às páginas do jornal. O argumento utilizado foi que o procedimento que fazia menção ao leilão do imóvel e aos débitos previdenciários haviam sido resolvidos há longa data e, portanto, eram completamente irrelevantes.

O acesso a tais informações se revestia de interesse público quando foram divulgados, tendo em vista que o processo judicial que culmina com o leilão deve ter a presença do maior número de licitantes, a fim de garantir a concorrência e um pregão que objetive a arrecadação da maior quantidade de dinheiro possível. Contudo, uma vez realizado o leilão e quitados os débitos, deixa de existir o interesse público e a manutenção do acesso à informação possibilitaria a qualquer pessoa pesquisar pelo nome do demandante e formar um juízo de valor negativo acerca de sua pessoa, ainda que os fatos fossem pretéritos e irrelevantes.

Um estranho com acesso às notícias poderia presumir que o Sr. Costeja González seria um "mau pagador", situação que violaria sua honra objetiva (entendida como a reputação, a imagem que terceiros têm de si) e subjetiva (causando-lhe vergonha) e, assim, direitos da personalidade.

Apesar da relevante fundamentação, na origem, o pleito em face do jornal não foi adiante em razão da publicação ter sido absolutamente legal, com vistas a buscar o maior número de participantes no leilão.

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu, a seu turno, que não havia por que censurar o jornal, tendo em vista que, na origem, a publicação fora lícita. Por sua vez, quanto ao Google, a Corte considerou que, ao buscar informações publicadas por terceiros na internet, indexando-as nos resultados de

ISSNe 2595-1602

busca, armazenando-as temporariamente e disponibilizando-as aos usuários da ferramenta de acordo com uma ordem de relevância, a empresa maneja dados pessoais e deve, assim, ser considerada a controladora responsável por tal processo.

Portanto, o mecanismo de busca poderia ser obrigado a remover de seus resultados um link que remeta ao nome específico de uma pessoa, ainda que publicado por terceiros, caso o link não tenha sido previamente apagado e mesmo que a publicação seja, na origem, perfeitamente legal. Ademais, o simples fato do servidor da empresa se localizar nos Estados Unidos não seria motivo suficiente para que as decisões do bloco europeu não fossem aplicáveis ao Google, tendo em vista que a empresa mantinha representações nos Estados-membros europeus e também porque as consequências da divulgação se operavam em caráter extraterritorial.

Destarte, o direito à privacidade do cidadão espanhol prevaleceu, o que não aconteceria caso houvesse interesse público na manutenção dos resultados – como o leilão já havia ocorrido e, segundo o relato, os débitos previdenciários haviam sido quitados, não haveria qualquer motivo para propagação da informação.

Para além do entendimento jurisprudencial da União Europeia, que permitiu a diversos cidadãos do bloco requerer administrativamente a desindexação de seus nomes a páginas específicas, recentemente, entrou em vigor o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados na União Europeia[xix], que prevê, em seu artigo 17, o "direito ao apagamento dos dados", também denominado de "direito a ser esquecido". Ele prevê diversos requisitos, como a perda da finalidade que motivou a publicação, ou determinação judicial de algum Estado-Membro, para que se opere.

Ainda que a legislação tenha positivado os requisitos para que alguém pleiteie a desindexação dos resultados de busca a um fato pretérito específico, o entendimento sobre a matéria está em constante evolução. Tanto assim que, em janeiro de 2019, o advogado-geral da União Europeia emitiu parecer, no caso C-507/17[xx], sustentando que as supressões dos resultados de busca do Google devem se restringir aos Estados-membros da União Europeia.

Assim, se houver uma ordem de retirada de um link em Portugal, ele poderá continuar a ser acessado do Brasil. Contudo, ainda que um IP português tente acessar a página do Google Brasil, é imprescindível que a empresa garanta o "bloqueio geográfico" a esta página, sob pena de ineficácia da decisão. A preocupação é que estender os efeitos das decisões para além dos Estados-membros poderia ensejar comportamento recíproco por parte de outras nações, violando a soberania do bloco e privando cidadãos europeus do acesso a informações revestidas, potencialmente, de interesse público.

Pelo exposto, não haveria jurisdição para estender os efeitos da supressão para além das fronteiras da União Europeia. É importante observar que referido parecer não possui efeitos vinculantes, de maneira que, futuramente, o Tribunal decidirá quanto à territorialidade das decisões.

É curioso destacar que o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso do cidadão espanhol destoa do entendimento da maioria dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no Brasil. Para o STJ, como será exposto a seguir, o Google se limita a possuir um algoritmo que direciona às páginas da web, não sendo diretamente responsável pelo seu conteúdo.

ISSNe 2595-1602

4. Precedentes brasileiros – o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Além dos preceitos constitucionais já mencionados, o Código Civil Brasileiro prevê, em seu art. 21, que "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". O Enunciado n. 531 do Conselho da Justiça Federal, por sua vez, afirma que "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento" – assim, tal como ocorre em Portugal, no Brasil não há dispositivo específico que regule o direito ao esquecimento, sendo a sua aplicabilidade fruto de interpretação jurisprudencial e doutrinária dos direitos da personalidade.

Além de dispositivos legais genéricos, em 14 de agosto de 2018, entrou em vigor a Lei n. 13.709/2018, que alterou o Marco Civil da Internet. Com grande inspiração no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados na União Europeia, o objetivo desta lei é dispor "sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, (...) com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural". Uma diferença preponderante, entretanto, é que a lei brasileira não trouxe previsão específica acerca do direito ao esquecimento (ou, como denominado em Portugal, direito a ser esquecido), limitando-se a afirmar que o "tratamento de dados" cessará quando eles deixarem de ser necessários.

Curioso observar que, de certa forma, o ordenamento jurídico brasileiro já previa o direito ao esquecimento desde 1941, data em que entrou em vigor (e assim permanece até os dias atuais), o Código de Processo Penal. Isso porque, em seu art. 748, determina que "a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal". O princípio de aplicação do instituto é o mesmo: com o decurso do tempo, condenações de penalidades já cumpridas não podem ser mencionadas – presume-se que se operou uma reabilitação do então criminoso, a fim de não eternizar sua penalidade, o que é vedado pela ordem constitucional brasileira.

De toda sorte, as instâncias superiores brasileiras, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, vem enfrentando o tema do "direito ao esquecimento", que resta, consoante algumas regras interpretativas, perfeitamente consolidado. Um dos casos mais emblemáticos diz respeito à veiculação de um programa televisivo/policial intitulado "Linha Direta" acerca do massacre de inúmeros moradores de rua, conhecido popularmente como Chacina da Candelária[xxi], ocorrido no Rio de Janeiro em 1993.

Treze anos após a ocorrência dos lamentáveis fatos, uma emissora de televisão fez menção ao nome e à imagem de pessoa que fora absolvida por negativa de autoria do massacre. Ainda que tivesse sido absolvido, a veiculação do documentário gerou um sentimento de revolta na população, fazendo com que o demandante revivesse a acusação, o que acabou por violar seus direitos da personalidade, expondo sua intimidade de forma negativa.

Por evidente que, em seu favor, a rede de TV invocou a liberdade de imprensa, que, como expusemos anteriormente, não se justifica quando viola

ISSNe 2595-1602

direitos da personalidade e ao mesmo tempo não há interesse público atual na veiculação. Em voto magistral, o Ministro Luís Felipe Salomão justifica que, quando do choque de tais direitos fundamentais, a inclinação da Constituição Brasileira é pela proteção da Dignidade da Pessoa Humana, que é um verdadeiro "Fundamento da República". Para ele, "o reconhecimento do 'direito ao esquecimento' pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia".

O ministro arrematou afirmando que "o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda".

Assim, no que diz respeito a acusados em inquéritos ou processos criminais absolvidos por negativa de autoria ou mesmo que tenham cumprido integralmente suas penas (e reiteramos, a menos que haja interesse histórico envolvido), não há grandes divergências quanto à aplicabilidade do direito ao esquecimento.

Outro caso emblemático julgado pelo STJ ao analisar o direito ao esquecimento é o da apresentadora Xuxa. É fato público e notório que, no início de sua carreira na década de 80, em contexto social completamente distinto do atual, além de ter feito fotos nua, Xuxa aparece em momentos íntimos com um garoto em um filme. Pleiteou, assim, que o Google desvinculasse buscas entre seu nome e imagens de nudez.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso, entendendo que a autora da ação faria jus ao direito ao esquecimento, determinando o impedimento da veiculação de resultados de pesquisa que a mostrassem nua. Contudo, o Google recorreu ao STJ argumentando que, tecnicamente, não seria possível bloquear as palavras-chave que levassem às imagens de nudez.

O STJ entendeu que o Google é "um provedor de aplicação de buscas, que não detém propriamente a informação que se quer ver esquecida"[xxii]. Para fundamentar a decisão, a Ministra Nancy Andrighi mencionou o precedente do *Google Spain*, na União Europeia, fazendo a ressalva de que "o Tribunal de Justiça Europeu parte de pressupostos legais muito distintos daqueles existentes no País", e que, consoante art. 7º do Marco Civil da Internet, a exclusão de conteúdo somente alcançaria "as informações que o próprio indivíduo houver fornecido".

Decidiu, assim, que a responsabilidade de "provedores de aplicações" (ou seja, mecanismos de busca como o Google), deveria "ficar restrita à natureza da atividade por eles desenvolvida", que se configura, segundo o entendimento da Corte, na mera indicação do link onde as palavras-chaves fornecidas pelo próprio usuário podem ser encontrados. Destacou que "ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal", caso a vítima sinta-se ofendida, deve buscar sua tutela diretamente em face do real hospedeiro do conteúdo pretensamente ilícito.

Apesar do STJ não ter entendido pela responsabilidade do Google desvincular as buscas no caso acima descrito, "ainda que a apresentadora tenha

ISSNe 2595-1602

voluntariamente se submetido à exposição, o fez em outro contexto histórico social, muito diferente do encontrado na atualidade"[xxiii]. O autor argumenta, ainda, que, em razão do conteúdo não trazer qualquer benefício à sociedade (sequer do ponto de vista histórico), estaria afastado também o interesse público, o que autorizaria o reconhecimento ao direito ao esquecimento. Em nossa opinião, não se sustenta o fundamento de que a desvinculação não seria tecnicamente possível, até porque esta foi justamente a determinação do Tribunal de Justiça Europeu, como, aliás, bem pontuou a eminente Ministra Nancy em seu voto.

Ao ambiente digital, em especial às ferramentas de busca, como o Google, se aplica a teoria do risco, segundo a qual a responsabilidade da empresa é objetiva, ou seja, independe de demonstração de culpa, caso ocorra algum dano[xxiv].

Vemos, no Google, em consonância com o que entende o principal precedente europeu, uma responsabilidade objetiva pela vinculação dos resultados, sendo perfeitamente lícito e possível que se determine a exclusão (ou desindexação) de conteúdos que violem direitos personalíssimos, quando assim forem demandados por uma ordem judicial.

Com o devido respeito, tampouco se sustentam os argumentos de que não haveria norma específica, como na União Europeia, que preveja o tratamento de dados decorrente do direito ao esquecimento – mormente quando há normas superiores, de aplicabilidade direta e imediata, garantidoras de direitos da personalidade. A jurisprudência e a doutrina devem acompanhar a evolução tecnológica, sob pena de perderem razão da existência ao analisarem o assunto sob um enfoque quase que exclusivamente positivista.

Observa-se que o entendimento que gradativamente se consolida no Brasil[xxv], segundo o qual os motores de busca como o Google não teriam responsabilidade pelo conteúdo disponibilizado, não sendo, portanto, responsáveis pela desvinculação do nome de determinada pessoa a uma página, é contrário ao que entendeu o Tribunal de Justiça da União Europeia em caso já comentado no tópico anterior. Há quem fale, inclusive, que do direito ao esquecimento emana o "direito de não ser encontrado"[xxvi].

A possibilidade de aplicação do "direito de não ser encontrado", independente da existência de fato desabonador, é outra discussão que não pretendemos analisar neste breve trabalho. A indagação, aqui, é se alguém, invocando o direito à privacidade, poderia pleitear uma completa desvinculação aos resultados de busca a partir de seu nome. Em opinião superficial, entendemos que não haveria interesse de agir na formulação de tal pedido, uma vez que não violaria direitos da personalidade.

Nesta linha de intelecção, conclui-se que "uma das formas de exercício do direito ao esquecimento ou apagamento de dados, [tem] por parâmetro um critério temporal de utilidade, desde que a sua manutenção ou tratamento não mais se revelem providos do interesse que legitimou a sua coleta, ou deixem de contar com o consentimento atual do titular das informações pessoais veiculadas"[xxvii].

Analisamos, até aqui, sobretudo o exercício do caráter negativo do direito ao esquecimento, ou seja, consubstanciado na proibição ou desindexação de uma publicação que tenha potencial de lesar direitos da personalidade. Resta verificar quais seriam os critérios para arbitramento do *quantum* indenizatório em caso de violação desses direitos.

ISSNe 2595-1602

5. Responsabilidade civil decorrente do Direito ao Esquecimento e alguns parâmetros para fixação da indenização.

Por evidente, não há como se exigir que o Google tenha controle sobre todo o conteúdo publicado, por exemplo, no YouTube (que é de sua propriedade) – "contudo, ao ser comunicada, seja por uma autoridade, seja por um usuário, de que determinado vídeo/texto possui conteúdo eventualmente ofensivo e/ou ilícito, deve tal empresa agir de forma energética, retirando-o imediatamente do ar". Caso assim não proceda, neste caso responderá pelos danos causados.

É sempre preferível que se proceda ao exercício *in natura* do direito ao esquecimento, ou seja, um impedimento prévio da divulgação, antes da potencial violação de direitos da personalidade. Caso uma suposta vítima tenha conhecimento de que seu nome será veiculado em um programa televisivo relatando o inadimplemento de uma dívida quitada, digamos, dez anos antes, é evidente que a postergação da divulgação, caso se entenda, no mérito, pela ausência de fundamento do pleito, não traria qualquer prejuízo à rede de televisão, até porque, neste hipotético caso, os fatos seriam antigos e careceriam, *a priori*, de interesse público em sua divulgação – destarte, em regra, é possível a concessão de tutela de urgência em tais casos (desde que, por evidente, estejam presentes a probabilidade do direito e o risco de dano).

Entretanto, é certo que, "não sendo possível o exercício *in natura* do direito ao esquecimento, a obrigação de fazer ou não fazer convola-se na de indenizar os danos materiais e morais sofridos pelo ofendido"[xxviii]. Em resumo, caso não seja possível a prevenção, entra em ação a compensação (reparação *ex post facto*).

Interessante observar que o próprio caso precursor do direito ao esquecimento, Melvin v. Reid, já mencionado anteriormente neste trabalho, tratou não de uma tentativa de proibição de divulgação da vida pregressa da demandante, mas sim de pleito compensatório em razão da violação de sua intimidade, com a divulgação de fatos desabonadores. Contudo, como havia sido afastado o interesse de agir na origem, e tal decisão foi reformada pela Suprema Corte da Califórnia, não se obteve, nesse estudo, o valor arbitrado (ou não) a título de indenização.

De igual maneira, o caso mencionado no tópico anterior, da Chacina da Candelária, em razão da veiculação do programa televisivo ter ocorrido, violando direitos da personalidade de cidadão que fora inocentado por negativa de autoria, a emissora de televisão foi condenada ao pagamento de indenização arbitrada em R$50.000,00 (cinquenta mil reais)[xxix].

Não se sabe, aqui, se a petição inicial continha pedido em tal sentido, mas seria perfeitamente possível cumular o pleito de reparação por danos extrapatrimoniais com a restituição dos lucros ilícitos (também denominada de "lucro da intervenção", ou, como soe chamar a doutrina estrangeira, "disgorgement of profits") auferidos pela emissora em razão da veiculação (embasada, no art. 884 do Código Civil Brasileiro, que trata da vedação ao enriquecimento ilícito). Na quantificação da restituição dos lucros ilícitos, alguns critérios poderiam ser utilizados, como o valor da inserção de peça publicitária naquele programa específico, ou então o lucro, calculado com base na subtração entre o faturamento obtido com os comerciais durante todo o programa e os custos de produção.

ISSNe 2595-1602

O magistrado, ao arbitrar o *quantum*, deve utilizar algumas ferramentas subjetivas à sua disposição, entre as quais a valoração da conduta do ofensor e a proporcionalidade do dano em relação ao agravo. Em termos práticos, isso significa que o grau de culpabilidade será um tanto quanto maior se não houver qualquer interesse público na divulgação de determinado fato. Caso um fato há longa data passado seja "requentado" com o mero intuito de angariar seguidores ou obter lucro, é certo que tal argumento poderá servir como motivador para majorar eventual indenização.

Outro fato que também deve ser levado em consideração é a proporção da divulgação – caso tenha ficado adstrita a um pequeno jornal de limitada circulação municipal, sem contaminar outros meios de comunicação, por evidente a indenização deve ser proporcionalmente menor. Isso não ocorreria com meio de comunicação de alcance nacional. No âmbito digital, a mensuração do alcance da publicação é mais difícil, mas não impossível, já que poderia ser aferida através da quantidade de compartilhamentos, curtidas ou *retweets* de determinada postagem.

Ainda que a legislação estabeleça critérios subjetivos para fixação do *quantum* indenizatório (e nem poderia ser diferente, pois qualquer tabelamento feriria o preceito constitucional segundo o qual o dano deve ser proporcional ao agravo, em consonância com o princípio da *restitutio in integrum*), é certo que a jurisprudência fornece elementos importantes nessa tarefa a partir de precedentes que devem servir de norte no julgamento de casos semelhantes.

6. Considerações finais.

ISSNe 2595-1602

O que se convencionou chamar de direito ao esquecimento nada mais é que a evolução hermenêutica de preceitos genéricos, como o direito à honra e à intimidade. O precedente californiano Melvin v. Reid teve origem no "direito à felicidade" prescrito pela Constituição da Califórnia, ao passo que, no Brasil, o instituto encontra suporte nos direitos à intimidade e à vida privada, previstos na Ordem Constitucional.

Embora haja divergências entre União Europeia e Brasil quanto ao alcance do instituto do direito ao esquecimento, os requisitos para sua aplicação são semelhantes: além de violação a direitos da personalidade, também é imprescindível que se verifique a ausência de interesse público (e histórico) na divulgação do fato. Lamentavelmente, o Superior Tribunal de Justiça entende que não seria possível a desindexação de links direcionados a websites cujo conteúdo não foi produzido por determinado motor de busca. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça comunitário, no precedente conhecido como *Google Spain*, entendeu ser possível a desindexação ainda que a página original do jornal não tenha sido retirada do ar.

É sempre preferível o exercício *in natura* do direito ao esquecimento, com a proibição da publicação/veiculação de fatos potencialmente lesivos de direitos da personalidade. Entretanto, não sendo possível, será possível pleitear ação de indenização por danos extrapatrimoniais.

Os critérios legais estabelecidos para fixação do *quantum* indenizatório, embora genéricos, oferecem importante norte – deve ser avaliada a gravidade da conduta do ofensor (caso a divulgação seja completamente imotivada e desprovida de interesse público) e também a extensão do dano (qual foi a proporção da

divulgação?). Entendemos, também, que seria perfeitamente lícito combinar a pretensão por dano extrapatrimonial com a restituição dos lucros da intervenção/ilícitos (ou seja, qual foi o acréscimo patrimonial auferido pelo ofensor com a divulgação indevida dos fatos).

Não podemos esquecer, por fim, que a análise sobre o cabimento ou não do direito ao esquecimento será sempre casuística e que a leitura do instituto, pela doutrina, jurisprudência e também pelo legislador, está em constante evolução. Isso porque há, tanto no Brasil quanto na União Europeia, leis e regulamentos recentes que ainda hão de ser interpretados pela jurisprudência.

7. Referências.

BAUMAN, Zygmunt, Modernidade Líquida. Zahar. ISBN 978-8571105980. Versão eletrônica.

BEZERRA Junior, Luis Martius Holanda, Direito ao Esquecimento. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 9788553606894. Versão eletrônica.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Case C-131/12, Tribunal de Justiça da União Europeia in http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=152065. Acesso em 30.05.2019.

Case C-507/17, Tribunal de Justiça da União Europeia, in http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209688&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6356896. Acesso em 30.05.2019.

CHAVES, Antônio in AMARANTE, Aparecida, Responsabilidade civil por dano à honra. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson, Direito Civil. Sentidos, Transformações e Fim. São Paulo: Renovar, 2014.

FESTAS, David de Oliveira, Do conteúdo patrimonial do direito à imagem. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

EHRHARDT Júnior, Marcos; ACIOLI, Bruno de Lima, Privacidade e os desafios de sua compreensão contemporânea: do direito de ser deixado em paz ao direito ao esquecimento, *in* TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.), Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Melvin v. Reid 112 Cal. App. 285, 291 (Cap. Ct. App. 1931) in https://casetext.com/case/melvin-v-reid. Acesso em 28.05.2019.

ISSNe 2595-1602

MONTESCHIO, Horácio, A imagem como patrimônio. Birigui: Boreal Editora, 2015.

PINHEIRO, Patricia Peck, Direito Digital, 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 412 p. ISBN 978-85-02-20165-1.

PINTO, Carlos Alberto da Mora, Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

REIS, Clayton, Dano Moral, 6.ª ed. São Paulo: RT, 2019. 245 p. ISBN 978-85-5321-429-7.

ROSENVALD, Nelson, O Direito Civil em movimento. 2.ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

SCHREIBER, Anderson, Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo, O Direito Geral de Personalidade,1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

STOCO, Rui, Teoria do dano moral e direitos da personalidade – Coleção doutrinas essenciais: dano moral, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SUSSEKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel, The future of the professions. New York: Oxford University Press, 2015. (tradução livre).

ISSNe 2595-1602

---

[i] SUSSEKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel, The future of the professions. New York: Oxford University Press, 2015. 151 p. (tradução livre).

[ii] BEZERRA Junior, Luis Martius Holanda, Direito ao Esquecimento. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 9788553606894. Versão eletrônica.

[iii] BAUMAN, Zygmunt, Modernidade Líquida. Zahar. ISBN 978-8571105980. Versão eletrônica.

[iv] EHRHARDT Júnior, Marcos; ACIOLI, Bruno de Lima, Privacidade e os desafios de sua compreensão contemporânea: do direito de ser deixado em paz ao direito ao esquecimento, in TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.), Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 154 p.

[v] FACHIN, Luiz Edson, Direito Civil. Sentidos, Transformações e Fim. São Paulo: Renovar, 2014.

[vi] CHAVES, Antônio *in* AMARANTE, Aparecida, Responsabilidade civil por dano à honra. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

[vii] SCHREIBER, Anderson, Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013. 6 p.

[viii] BEZERRA Junior, Luis Martius Holanda, Direito ao Esquecimento. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 9788553606894. Versão eletrônica.

[ix] CHEHAB, Gustavo Carvalho, O direito ao esquecimento na sociedade da informação *in* STOCCO, Rui, Teoria do dano moral e direitos da personalidade – Coleção doutrinas essenciais: dano moral, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 560.

[x] STOCO, Rui, Teoria do dano moral e direitos da personalidade – Coleção doutrinas essenciais: dano moral, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2314-2318.

[xi] REIS, Clayton, Dano Moral, 6.ª ed. São Paulo: RT, 2019. 237 p. ISBN 978-85-5321-429-7.

[xii] Melvin v. Reid 112 Cal. App. 285, 291 (Cap. Ct. App. 1931) *in* https://casetext.com/case/melvin-v-reid. Acesso em 28.05.2019.

[xiii] Melvin v. Reid 112 Cal. App. 285, 291 (Cap. Ct. App. 1931) *in* https://casetext.com/case/melvin-v-reid. Acesso em 28.05.2019.
[xiv] FESTAS, David de Oliveira, Do conteúdo patrimonial do direito à imagem. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 150.
[xv] MONTESCHIO, Horácio, A imagem como patrimônio. Birigui: Boreal Editora, 2015. 185 p.
[xvi] PINTO, Carlos Alberto da Mora, Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 209 p.
[xvii] CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. 409 p.
[xviii] Case C-131/12, Tribunal de Justiça da União Europeia, *in* http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=152065. Acesso em 30.05.2019.
[xix] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN. Acesso em 31.05.2019.
[xx] Case C-507/17, Tribunal de Justiça da União Europeia, *in* http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209688&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6356896. Acesso em 30.05.2019.
[xxi] STJ, REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.
[xxii] STJ, AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016.
[xxiii] REIS, Clayton, Dano Moral, 6.ª ed. São Paulo: RT, 2019. 245 p. ISBN 978-85-5321-429-7.
[xxiv] PINHEIRO, Patricia Peck, Direito Digital, 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 412 p. ISBN 978-85-02-20165-1.
[xxv] "Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido". (STJ, AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016).
[xxvi] BEZERRA Junior, Luis Martius Holanda, Direito ao Esquecimento. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 9788553606894. Versão eletrônica.
[xxvii] BEZERRA Junior, Luis Martius Holanda, Direito ao Esquecimento. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 9788553606894. Versão eletrônica.
[xxviii] CHEHAB, Gustavo Carvalho, O direito ao esquecimento na sociedade da informação *in* STOCCO, Rui, Teoria do dano moral e direitos da personalidade – Coleção doutrinas essenciais: dano moral, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 564.
[xxix] €11.446,50 conforme cotação de 03.06.2019.

ISSNe 2595-1602

ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DA TELEMEDICINA: um Panorama Luso-Brasileiro.

Caroline Amadori Cavet[1]

Resumo: Os avanços tecnológicos mudam as relações na sociedade e rompem paradigmas, inclusive na tradicional Medicina. Esses avanços possibilitam o atendimento a pacientes de forma remota. Entretanto, apesar dos benefícios dessa inovação, há elementos sensíveis que devem ser considerados, em especial, no que tange aos aspectos ético-jurídicos. Este artigo tem como objetivo apresentar a Telemedicina e suas modalidades, além de apresentar panorama quanto às implicações ético-jurídico desta, no Brasil e Portugal, e possíveis repercussões, no campo da responsabilidade civil, em eventual dano pela sua utilização.

Palavras-chave: Tecnológica. Comunicação. Telemedicina. Ética. Responsabilidade Civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Pós-Graduada em Direito Público pela UNIBRASIL/Curitiba; Sócia Fundadora da CAVET SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA; Membro da Comissão da Saúde e da Comissão de Inovação e Gestão, ambas da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Paraná (OAB/PR), gestão 2019-2021. E-mail: caroline@cavet.adv.br

1. INTRODUÇÃO

A quarta revolução industrial[i] e seus avanços tecnológicos alteram, significativamente, as relações humanas e rompem paradigmas, em especial a forma de comunicação, transformando, radicalmente, a sociedade.

Esses avanços refletem nos mais diversos ramos, inclusive na tradicional Medicina, que tem seu alcance potencializado pela Telemedicina que, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, é a oferta de serviços relacionados à saúde, por meio de recursos avançados de informática e telecomunicações, em que *a distância é um fator crucial, com o intuito de promover o intercâmbio de informações válidas para diagnósticos, prevenção e tratamento de doenças e a contínua educação de prestadores de serviços em saúde, assim como para fins de pesquisas e avaliações*. [ii]

Nesse contexto, a Telemedicina se apresenta como exponencial instrumento para o acesso à saúde de pacientes que não têm condições, quer econômicas, geográficas ou mesmo de saúde, de se deslocar para obter aquele[iii], além de possibilitar maior celeridade e adequação do tratamento em tempo real.

Entretanto, em contraste com as possíveis vantagens, pode apresentar aspectos negativos, notadamente, na relação médico-paciente (despersonificação)[iv] e ético-profissional, preocupação que é ratificada na Declaração de *Tel Aviv*[v] ao reafirmar que a atividade médica deve ser norteada pelos parâmetros legais, bioéticos e deontológicos.[vi]

No Brasil, não há legislação específica, no que pese existir atos regulatórios de órgãos nacionais e conselhos profissionais tidos como insuficientes. Essa lacuna causa insegurança jurídica e pode, de certa forma, desestimular a implementação de práticas de Telemedicina.[vii] Entretanto, a despeito disso, o Brasil acompanha o cenário mundial de crescente disseminação da Telemedicina, inclusive, com fomento a suas práticas pelo Programa Nacional Telessaúde, denominado Rede Brasil. Em linhas gerais, a Rede Brasil estimula a adoção de suas modalidades com o objetivo de fortalecer e melhorar a qualidade do atendimento no Sistema Único de Saúde (SUS), integrando Educação Permanente em Saúde (EPS) e apoio assistencial por meio de ferramentas e tecnologias da informação e comunicação (TIC).[viii]

Já em outros países, como Portugal, a existência da norma clara, alicerceada pela integração de Comissão de Acompanhamento da Iniciativa Estratégica para o Desenvolvimento de Telemedicina (CIEDT) e Ministério da Saúde, garante clareza quanto à norma aplicada e, consequentemente, obrigações e deveres dos envolvidos[ix], o que assegura campo sólido e promissor para o desenvolvimento da modalidade e sua promoção.

A Telemedicina, como o avanço tecnológico, é realidade irreversível ao Mundo. Em função disso, o presente trabalho tem como objetivo apresentar a Telemedicina e suas modalidades, além de aspectos ético-jurídicos atuais, no Brasil e em Portugal, e implicações, na responsabilidade civil, por eventual dano causado pela utilização da Telemedicina.

ISSNe 2595-1602

2.BREVE HISTÓRICO DA TELEMEDICINA NO MUNDO

A Telemedicina, por sua concepção, está intimamente relacionada à evolução da comunicação, e, portanto, não se trata de "invenção" do mundo moderno, mas sim de otimização causada pelo aprimoramento de antigas tecnologias e desenvolvimento de novas.

Ao contrário do que se imagina, a Telemedicina tem seus primeiros relatos no século XIX. Nesse período, já havia registro de adoção de cartas e mensageiros para troca de informações entre médico e seus pacientes, ou outros médicos, com o intuito de prestar orientações e acompanhar a evolução de doenças.

A revolução dos sistemas de comunicação, iniciada pela invenção do telégrafo (1838), seguida do telefone (1860), e da tecnologia do rádio (1906) e, posteriormente, a invenção do estetoscópio elétrico (1910), possibilitou o emprego da Telemedicina como instrumento de auxílio ao diagnóstico, realização de consultas remotas com auscultação, a produção de diagnósticos e prescrição às comunidades isoladas ou sem equipamentos para fazê-los.

Em 1906, há o primeiro registro de adoção da nomenclatura Telemedicina (telecardiograma), quando William Einthoven, inventor da eletrocardiografia, estendeu fios telefônicos entre o laboratório de fisiologia e a clínica do Hospital Acadêmico, distantes cerca de 1 milha, para realizar exame com equipamentos em lugar diverso do paciente.[x]

Esses avanços tecnológicos possibilitaram o atendimento de soldados, em Hospitais de Retaguarda, na Primeira Guerra Mundial, bem como a marinheiros em alto mar, que, pela distância ou risco, não poderiam ser atendidos presencialmente, mas que puderam, pela conexão por meio de rádio, receber atendimento, tratamento e orientação por médicos que estavam em frente de batalha.[xi].

Nos anos seguintes, surgem diversos projetos pioneiros na tentativa de aplicar as tecnologias emergentes na prestação de cuidados à saúde, a exemplo do circuito fechado de televisão, que na década de 50, em Nebraska (EUA), foi utilizado para fornecer serviços de saúde mental ao centro estatal distante cerca de 100 milhas da universidade médica local.[xii]

A corrida espacial (1960) fomentou o desenvolvimento de tecnologias com melhor qualidade de imagens médicas e transmissão, com a finalidade de monitorar as funções vitais dos astronautas em órbita pela NASA[xiii] e garantir a saúde e o bem-estar.

Mas foi apenas com a popularização dos microcomputadores, na década de 70, que a expansão de projetos, agora, Telemática da Saúde, seja para gestão (telessaúde) ou atendimento clínico (telemedicina), ganhou maior destaque e versatilidade.[xiv]

Cabe esclarecer que a terminologia Telemática da Saúde, associação do termo telecomunicação e informática, é a denominação utilizada para serviços de saúde a distância, com o intuito de promoção de saúde, controle de doenças, instrução ao paciente ou comunidade, entre outras coisas. Ramifica-se em telessaúde, que é a terminologia empregada para soluções tecnológicas voltadas à gestão da saúde

ISSNe 2595-1602

pública e ao objeto do estudo, a Telemedicina, que é terminologia voltada à orientação e de aspectos clínicos.[xv]

Em 1993, a evolução da Telemedicina recebe novo estandarte com a criação da *American Telemedicine Association* (ATA) que visa a promoção de políticas responsáveis e defesa de sua normalização pelos governos, com o intuito de integrar o atendimento virtual a modelos emergentes de distribuição baseados em valor.[xvi]

E, desde então, a Telemedicina, atrelada às inovações tecnológicas e à disseminação ao acesso à internet, desenvolve-se, enormemente, como instrumento para assegurar o direito social previsto pelo rol dos direitos humanos[xvii], com maior alcance e, assim, cativando adeptos de diversos ramos e áreas de atuação.

2.2. MODALIDADES DE TELEMEDICINA

A prática da Telemedicina varia em grau de complexidade e necessidade dos hospitais e comunidades a que se destina[xviii] e, pelos avanços tecnológicos, expandiu para as diversas especialidades da medicina convencional, com a adoção do prefixo tele- à especialidade.

Outrossim, segundo a *Declaração de Tel Aviv,* as modalidades da Telemedicina são limitadas a 05 (cinco) tipos, a constar: a) teleassistência; b) televigilância; c) teleconsulta; c) interação entre dois médicos; e d) teleintervenção.

A Teleassistência, utilizada em casos de emergência, consiste na *interação entre o médico e o paciente geograficamente isolado ou que se encontre num meio onde não tem acesso a um médico local*[xix]

A Televigilância, também denominada telemonitoramento, ordinariamente disponibilizada por aplicativos em aparelhos de *smartphones,* consiste na *interação entre o médico e o paciente, em que se transmite informação médica eletronicamente (pressão arterial, eletrocardiogramas etc.) ao médico, o que lhe permite vigiar regularmente o estado do paciente.*[xx]

A Teleconsulta é àquela em que o *paciente consulta diretamente o médico, utilizando qualquer forma de telecomunicação, incluindo internet.*[xxi] Nessa modalidade, não há exame clínico ou contato direto entre médico e paciente, tampouco a presença de médico assistente supervisionando o ato.[xxii]

A Interação entre dois médicos[xxiii] caracteriza-se pelo atendimento ao paciente por médico presente, que com auxílio de outro médico, este de forma remota, detentor de reconhecido pelo conhecimento na área.

Por fim, a Teleintervenção[xxiv] consiste na ingerência à distância em exames médicos ou procedimentos cirúrgicos, em que o médico, com auxílio de médico assistente ou robôs, realiza a intervenção cirúrgica e/ou diagnóstico.

Reforça-se que essas modalidades são extraídas da *Declaração de Tel Aviv, P*or ausência de conceito uniforme,[xxv] há variação entre nomenclaturas e modalidades. Além disso, esclarece-se, que para o presente estudo, limitou-se à análise da Telemedicina, ramo da Telemática da Saúde.

ISSNe 2595-1602

2.3. VANTAGENS E RISCOS DA TELEMEDICINA

A Telemedicina apresenta-se como alternativa para o acesso à saúde, direito social previsto pelos Direitos Humanos[xxvi], posto que se propõe a solucionar problemas geográficos e econômicos de pacientes isolados, ou problemas relacionados à baixa densidade demográfica e ao envelhecimento da população[xxvii], oferecendo uma forma de obter serviços médicos, que de outro modo, não seriam acessíveis.[xxviii]

Além desses fatores, a adoção da Telemedicina, de forma colateral, também auxilia na redução de custos operacionais, posto que reduz visitas por "falsas" emergências, facilita o acesso a diagnóstico especializado e em tempo real, amplia a cobertura de serviços e minimiza o tempo de espera para atendimento ao paciente.[xxix]

Todavia, não apresenta apenas conveniências, existem aspectos negativos que decorrem da massificação da atividade médica, despersonificação da relação médico-paciente e quanto ao uso e exposição de informações sensíveis (privacidade, qualidade e confiabilidade da informação). [xxx]

Outros problemas, de ordem estrutural, não podem ser olvidados, tais como a estabilidade do sistema tecnológico, a resistência a mudanças organizacionais e comportamentais e o elevado investimento em tecnologia[xxxi].

Por fim, e não menos importante, esses problemas resultam em desafios ético-jurídicos para estabelecer níveis de responsabilidade entre os envolvidos, bem como o direito à informação garantida ao paciente.[xxxii]

ISSNe 2595-1602

3. ÉTICA, REGULAMENTAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL NA TELEMEDICINA

O atendimento convencional na área da saúde é dado pelo encontro presencial, excetuando-se os casos urgentes e de emergência. Porém, os atuais recursos tecnológicos na área da saúde, notadamente a Telemedicina, possibilitam o encontro entre médico e paciente, ou outro profissional, de forma "virtual" e indireta, o que quebra padrões e, consequentemente, repercute em implicações ético-jurídicas.

Não há dúvidas de que todos os meios disponíveis, tecnológicos ou não, devem ser empregados para promoção da saúde. Porém, devem sujeitar-se a princípios ético-jurídicos do país em que são empregados, resguardando os direitos do paciente, de maneira especial à informação integral e segura (privacidade de dados, qualidade de informação, o consentimento esclarecimento livre e esclarecido e confiabilidade)[xxxiii] e integridade (física, moral e estética), sob pena de ser responsabilização civil por eventual dano pela causado por sua utilização.

Assim, a compreensão clara do arcabouço ético-jurídico atual, do Brasil e Portugal, no ramo da Medicina se faz primordial para o entendimento integral e abrangente das implicações da Telemedicina e sua aplicação.

3.1. ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS NO BRASIL

O Conselho Federal de Medicina, no Código de Ética Médica[xxxiv] veda ao médico a prescrição de tratamento ou procedimentos sem exame direto ao paciente. Além

deste, há outros entraves éticos para o emprego da Telemedicina, tais como a vedação de compartilhamento de fatos e casos clínicos (Art. 73º e 75º), transmissão, manuseio e guarda de prontuários (Art. 85º e 87º § 2) e utilização de comunicação de massa (Art. 114º).

Entretanto, o referido diploma determina a adoção de *todos os meios disponíveis de diagnóstico, tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente*[xxxv]e estabelece que o *atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método,*[xxxvi] será disciplinado pelo referido Conselho.

Quanto à Telemedicina, disciplinada pela Resolução CFM nº 1.643/2002, que de forma genérica, define-a como o *exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde.*[xxxvii] A principal crítica a esta Resolução é a ausência de discriminação da forma de atendimento, modalidades, critérios de coleta, armazenamento e desenvolvimento de sistema ou plataforma.

Já no que se refere ao aspecto legal, encontra-se amparo pelos artigos 6º, 196º e 200º da Constituição Federal, artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e artigos 1º e 2º, alínea "d", do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelecem o direito a elevado nível de saúde e criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e estabelecem o direito à saúde como obrigação positiva do Estado, cuja efetividade se dá por meio de políticas públicas.

Portanto, ainda com lacunas legislativas sérias, não há óbice ético-legal, no Brasil, para a adoção da Telemedicina; entretanto, essas lacunas podem ser consideradas óbice para o seu desenvolvimento.[xxxviii]

ISSNe 2595-1602

3.2. ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS EM PORTUGAL

O Capítulo XII do Código de Deontologia Médica de Portugal regulamenta a atividade por meio de Telemedicina. Desde logo, impõe a soberania da relação médico-paciente e clínica, o que, aparentemente, revela certa resistência à adoção da Telemedicina.[xxxix] Em contrapartida, confere liberdade e completa independência ao médico para decidir pela sua utilização ou não.

E, no que pese o Código de Deontologia citar, de forma expressa, três modalidades (teleassistêcia, teleconsulta e intereção entre dois médicos), pela liberdade conferida ao médico, tem-se que a Telemedicina se estende as demais modalidades.

Diferentemente do que o Código de Ética Médica brasileira, o português estabelece critérios claros quanto à confidencialidade, armazenamento e transmissão de dados (Art. 95º/4, 95º/9, 96º/3 e 97º/3); segurança do paciente (Art. 96º); a responsabilidade do médico (Art. 95º/2 e 95º/3); qualidade das informações (Art. 94º/3, 94º/4 e 96º/2), bem como a rastreabilidade (Art. 97º/1, 97º/2), atribuindo, inclusive, deveres ao médico que adere à Telemedicina.

Em suma, o Código Deontológica Médica de Portugal permite que os médicos empreguem a Telemedicina, desde que respeite a relação médico-paciente, a segurança do paciente e a confidencialidade.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL NA TELEMEDICINA

Na Responsabilidade Civil Médica, não há discrepância no trato legislativo e doutrinário dado à matéria pelo Brasil e Portugal, sendo no primeiro disciplinado pelos artigos 186º, 927º e 951º do Código Civil Brasileiro e, no segundo, pelo artigo 483º do Código Civil português. Esclarece-se, desde já, que a relação médico-paciente, em ambos[xl] [xli], segundo padrão conceitual aceito, é contratual.

No que se refere ao direito médico, deve-se observar a existência de: a) atos essencialmente médicos; b) atos paramédicos, tais como enfermaria, fisioterapia *etc*.; c) atos extramédicos, como alojamento, alimentação *etc*.[xlii]

Trazendo a responsabilidade civil à temática da Telemedicina e suas distintas modalidades, têm-se que a peculiaridades e os diversos elementos envolvidos, sejam estruturais, tecnológicos ou profissionais da saúde, determinam o início da relação médico-paciente e, consequentemente, as obrigações e direitos, em especial diante da lacuna da lei, é tarefa árdua.

Ora, a Telemedicina pode ser empregada pelos mais diversos canais, inclusive pelo simples envio de e-mail pelo paciente ou cadastro em site gratuito. Tal aferição é relevante, posto que, por se tratar de relação contratual, uma vez não iniciada a relação médico-paciente, não há se falar em responsabilidade do médico.

Assim, da análise do ordenamento português, nas situações expostas, tem-se que o início da relação médico-paciente, segundo o artigo 94º/3 do Código de Deontologia Médica, dar-se-ia tão somente após a resposta ao conteúdo submetido pelo e-mail ou site. Já no ordenamento jurídico brasileiro, pela precariedade da norma, não há como identificar, com precisão, em que momento estabelecer-se-ia a relação médico-paciente, podendo ser adotado pela data do envio, pelo paciente, do e-mail ou seu cadastro no site.

Por outro lado, a identificação da natureza do ato é essencial para a análise da repercussão civil destes, à medida em que para o ato essencialmente médico, para caracterizar o dever de reparar, *exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal*[xliii] e, portanto, a responsabilidade, a princípio, subjetiva (calcada em culpa). Já para os atos paramédicos, quando vinculados ao resultado, e extramédicos, será de responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa.

Ora, a definição clara, dentro das modalidades de Telemedicina, quanto à natureza dos atos e tipo de responsabilidade são essenciais, inclusive, para determinar que tipo de responsabilidade será atribuída, sob risco de adotar-se, irrestritamente, a responsabilidade objetiva e solidária, entre o detentor da ferramenta e o médico, pelos danos suportados pelo paciente.

Outro ponto que é motivo de apreensão na Telemedicina é no que diz respeito ao direito à informação do paciente, que em ambos ordenamentos, devem preencher o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Nesse tópico, há duas relevantes questões.

A primeira, no que concerne a responsabilidade por prestar o esclarecimento e a coleta de assinatura nos termos, isso porque não sendo presencial o atendimento,

ISSNe 2595-1602

deve ficar claro a quem incutirá a responsabilidade por estes. Neste ponto, a lacuna da lei brasileira permite interpretação quanto à obtenção por aquele que tiver maior facilidade na obtenção do documento. Já a norma portuguesa é clara em atribuir a responsabilidade ao médico que fizer uso da Telemedicina.

A segunda, no que concerne ao seu conteúdo, que para a doutrina, além das informações referentes aos riscos do atendimento, de forma densa e adaptada ao seu nível intelectual e cultural, devem assegurar o conhecimento quanto a outros métodos de Telemedicina e a opção pelo tratamento tradicional.[xliv]

Vale lembrar que a falta do consentimento livre e esclarecido ou sua insuficiência, ainda que inexista erro médico ou ato ilícito propriamente dito, gera o dever de reparar por infração ao direito de informação adequada ao paciente.

Por fim, a confidencialidade e privacidade dos dados são questões princípios ético caro à Medicina, em especial pela falta de clareza quanto à *garantia de que os dados clínicos não saiam do âmbito do controle de seu titular, impedindo, assim, que sejam utilizados como meio a permitir autoritário controle social, econômico e/ou político*[xlv]. Para além disso, a forma que esses dados serão armazenados (nuvem, com ou sem criptografia, sistema interno, *etc.),* tratados e processados são de extrema importância.

Novamente, na lacuna de lei brasileira quanto à forma de tratamento dos dados, fornecidos ou obtidos pelo meio da Telemedicina, aplica-se a Lei de Proteção Geral de Dados[xlvi], que estabelece que devem ser destinados, estritamente, aos fins para que foram produzidos, e, portanto, seu tratamento deve ser feito com acuidade extrema. Assim, aquele que tiver o dever de guarda e tratamento desses se romper com estes preceitos, será responsabilizado. Já a portuguesa, atribuí a responsabilidade por esses ao médico aderente a Telemedicina.

Portanto, a Telemedicina é campo fértil para diversas reflexões quanto à repercussão, no que se refere à responsabilidade civil, sendo imperativa a necessidade de estabelecer protocolos, legislação específica, responsabilidades e deveres aos pacientes, médicos e empreendedores tecnológicos, a fim de minimizar riscos e danos aos envolvidos e promover, pela Telemedicina, o acesso à saúde de forma plena.

ISSNe 2595-1602

4. CONCLUSÕES

Em uma sociedade em que as condições mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir[xlvii], a Telemedicina é realidade que permeia os profissionais de saúde que, cada vez mais, recorrem a esses meios como alternativa para prestação de serviços com maior abrangência, de modo cômodo e menor custo operacional.

Embora a Telemedicina represente um avanço considerável para o atendimento de pacientes, resulta em importantes desafios ético-jurídicos, em especial pelo rompimento do paradigma quanto ao atendimento presencial e direto pelo médico, o que, naturalmente, causa reflexões e ponderações quanto a princípios éticos consolidados. Notoriamente, tanto no Brasil quanto em Portugal, os maiores desafios estão relacionados à privacidade de dados do paciente e à confidencialidade, à

medida que a sensação de insegurança quanto à forma da transmissão de dados sensíveis (dados pessoais, prontuários, consultas, exames, diagnósticos *etc*.) e seu armazenamento, em plataformas *on-line*, podem colocar em risco princípios tão caros à medicina.

Soma-se a esses fatores, o direito à informação do paciente e ao consentimento livre e esclarecido que, no uso da Telemedicina, devem ser mais densos, adaptados ao nível intelectual e cultural do paciente, assegurando, inclusive, a opção pelo atendimento tradicional[xlviii]

Para além desses pontos, o crescente número de ações que envolvem responsabilidade civil médica nos tribunais brasileiros e portugueses traz questionamentos pertinentes quanto à atribuição de responsabilidade por eventual dano decorrente do uso da Telemedicina, seja por infração legal de dever da confidencialidade, privacidade ou informação adequada, seja pela falha na prestação do serviço ou erro "médico".

Assim, a ausência de delimitações claras e protocolos quanto ao armazenamento, à segurança de dados e à "alimentação" do sistema na Telemedicina causam insegurança quanto aos deveres e obrigações do provedor do sistema, médico e paciente.

Conclui-se, portanto, pela cogente necessidade de legislação específica, tanto ética quanto normativa, com o intuito de regular o sistema eletrônico de recebimento, transmissão, alimentação de sistema e armazenamento de dados na área da medicina, bem como quanto à rastreabilidade (caixa preta), a fim de resguardar os empreendedores tecnológicos, profissionais e pacientes.

ISSNe 2595-1602

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN TELEMEDICINE ASSOCIATION (ATA). 2019. Arlington, VA. [consult. 11-05-19]. Disponível em <https://www.americantelemed.org/>.

BALMAN, Zygmund. Vida Líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. ISBN 9788571109698.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 9788553610693.

BAROLD SS. «Willem Einthoven and the birth of clinical electrocardiography a hundred years ago». Card Electrophysiol Rev. 2003; 7(1):99-104. [consult. 11-05-19]. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12766530>

CAPITÃO, António; LEITE, Patrícia e ROCHA, Álvaro. Telemedicina: Uma análise da situação portuguesa. Iberian Conference on Information Systems and Technologies, CISTI. 2008. [consult. 11-05-19]. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/278020133_Telemedicina_Uma_analise_da_situacao_portuguesa>.

DECLARAÇÃO DE TEL AVIV, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, outubro de 1999.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

DECRETO Nº 591, Presidência da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União de 6 de julho de 1992.

DECRETO-LEI Nº 47 344, da República de Portugal. Publicado em 25 de Novembro de 1966 e atualizado pela Lei 59/99 de 30/06.

GARCIA, Lara Rocha. Inovação Tecnológica e Direito à Saúde: Aspectos Jurídicos, Econômicos, Tecnológicos e de Políticas Públicas. Curitiba: Juruá, 2017. ISBN 9788536271828.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 9 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. ISBN 9788520373576.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos Hospitais. 3 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. ISBN 9788520372760.

LEI Nº 12.965, República Federativa Brasileira, Publicada em Diário Oficial da União em 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2019. Brasília, Brasil. [consult. 11-05-19]. Disponível em <http://www.saude.gov.br/trabalho-educacao-e-qualificacao/gestao-da-educacao/qualificacao-profissional/telessaude>

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. «Patient Safaty in e-Health and Telemedicine». Lex Medicinae – Revista de Direito da Medicina, nº Especial (2014), p 95-106. [consult. 11-05-19]. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/28805>.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente: Estudo de Direito Civil. Lisboa: Editora Coimbra, 2004. ISBN 9723212471.

PORTARIA Nº 2.546/2011, Ministério da Saúde, publicado no Diário Oficial da União de 27 de outubro de 2011.

RAPOSO, Vera Lucia. “Você tem uma nova mensagem”: A prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina, in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 10, nº 20, 2013. P. 17 a 44.

REGULAMENTO Nº 14/2009, da Ordem dos Médicos, Diário da República de Portugal, nº 8, II Série, de 11 de Janeiro de 2009.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.643/2002, Publicada no Diário Oficial da União de 26 de agosto de 2002, Seção I, p. 205.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.931/2009. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90; Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173.

SCHAFER, Fernanda. Procedimentos Médicos realizados à distância e o CDC. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. ISBN 853621158X.

ISSNe 2595-1602

___. Proteção de Dados de Saúde na Sociedade de Informação: Busca pelo Equilíbrio entre Privacidade e Interesse Social. Curitiba: Juruá, 2010. ISBN 9788536231907.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN 9788572839785.

STEINMAN, Milton et al. «Impacto da telemedicina na cultura hospitalar e suas consequências na qualidade e segurança do cuidado». Einstein: São Paulo, v. 13, n. 4, p. 580-586, Dec. 2015. [consult. 01-06-19]. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-45082015000400580&lng=en&nrm=iso>.

World Health Organization (WHO). Global Observatory for eHealth [Internet]. Geneva: WHO; 2005. [consult. 11-05-19]. Disponível em <http://www.who.int/goe/en/>.

---

[i] SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN 9788572839785.

[ii] World Health Organization (WHO). Global Observatory for eHealth [Internet]. Geneva: WHO; 2005. [consult. 11-05-19]. Disponível em <http://www.who.int/goe/en/>.

[iii] American Telemedicine Association. 2019. Arlington, VA. [consult. 11-05-19]. <https://www.americantelemed.org/>.

[iv] PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente: Estudo de Direito Civil.* Lisboa: Editora Coimbra, 2004. Pág. 554. ISBN 9723212471.

[v] Item 3 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

[vi] SCHAFER, Fernanda. Procedimentos Médicos realizados à distância e o CDC. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. ISBN 853621158X. p. 65.

[vii] PEREIRA, Alexandre Libório Dias. op. cit.

[viii] MINISTÉRIO DA SAÚDE. 2019. Brasília, Brasil. [consult. 11-05-19]. Disponível em <http://www.saude.gov.br/trabalho-educacao-e-qualificacao/gestao-da-educacao/qualificacao-profissional/telessaude>

[ix] CAPITÃO, António; LEITE, Patrícia e ROCHA, Álvaro. Telemedicina: Uma análise da situação portuguesa. Iberian Conference on Information Systems and Technologies, CISTI. 2008. [consult. 11-05-19]. Disponível em < https://www.researchgate.net/publication/278020133_Telemedicina_Uma_analise_da_situacao_portuguesa>.

[x] Barold SS. «Willem Einthoven and the birth of clinical electrocardiography a hundred years ago». Card Electrophysiol Rev. 2003; 7(1):99-104. P. 99. [consult. 11-05-19]. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12766530>.

[xi] SCHAFER, Fernanda. op. cit., p. 43.

[xii] Ibid, p. 43-44.

[xiii] Ibid, p. 44.

[xiv] Ibid., p. 45-49.

[xv] Ibid., p. 49-52.

[xvi] American Telemedicine Association (ATA). 2019. Arlington, VA. [consult. 11-05-19]. <https://www.americantelemed.org/about-us/>.

[xvii] GARCIA, Lara Rocha. Inovação Tecnológica e Direito à Saúde: Aspectos Jurídicos, Econômicos, Tecnológicos e de Políticas Públicas. Curitiba: Juruá, 2017. ISBN 9788536271828. p. 65-90.

[xviii] SCHAFER, Fernanda. op. cit, p. 59-60.

[xix] Item 5.1 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

[xx] Item 5.2 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

[xxi] Item 5.3 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

ISSNe 2595-1602

[xxii] SCHAFER, Fernanda. op. cit, p. 56-59

[xxiii] Item 5.4 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

[xxiv] Item 2 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

[xxvxxv] SCHAFER, Fernanda. op. cit, p. 51-52.

[xxvi] Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

[xxvii] PEREIRA, Alexandre Libório Dias. op. cit.

[xxviii] PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente: Estudo de Direito Civil.* Lisboa: Editora Coimbra, 2004. Pág. 554. ISBN 9723212471. p. 554.

[xxix] PEREIRA, Alexandre Libório Dias. op. cit.

[xxx] PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. Cit, p 554.

[xxxi] CAPITÃO, António; LEITE, Patrícia e ROCHA, Álvaro. op. cit .

[xxxii] PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit. Pág. 554.

[xxxiii] PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente: Estudo de Direito Civil.* Lisboa: Editora Coimbra, 2004. Pág. 554. ISBN 9723212471. p. 557.

[xxxiv] Resolução CFM nº 1.931/2009. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90; Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173.

[xxxv] Artigo 32, RESOLUÇÃO CFM nº 1.931/2009. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90; Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173.

[xxxvi] Artigo 37, parágrafo único. Resolução CFM nº 1.931/2009. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90; Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173.

[xxxvii] RESOLUÇÃO CFM nº 1.643/2002, Publicada no Diário Oficial da União de 26 de agosto de 2002, Seção I, p. 205.

[xxxviii] PEREIRA, Alexandre Libório Dias. op. cit

[xxxix] Ibid.,

[xl] RAPOSO, Vera Lucia. *"Você tem uma nova mensagem": A prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina,* in Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 10, nº 20, 2013. P. 17 a 44.

[xli] BRAGA NETO, Felipe Peixoto. FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 9788553610693.p. 1320.

[xlii] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos Hospitais. 3 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. ISBN 9788520372760. p. 115-121.

[xliii] KFOURI NETO, Miguel. op. Cit, p. 101.

[xliv] PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit

[xlv] SCHAFER, Fernanda. Proteção de Dados de Saúde na Sociedade de Informação: Busca pelo Equilíbrio entre Privacidade e Interesse Social. Curitiba: Juruá, 2010. ISBN 9788536231907. p. 219.

[xlvi] Lei nº 12.965, República Federativa Brasileira, Publicada em Diário Oficial da União em 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

xlvii BALMAN, Zygmund. Vida Líquida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. Pág. 07. ISBN 9788571109698

[xlviii] PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit.

ISSNe 2595-1602

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NA CIRURGIA ROBÓTICA E TELECIRURGIA: UMA ABORDAGEM DE DIREITO COMPARADO (ESTADOS UNIDOS, UNIÃO EUROPEIA E BRASIL)

Miguel Kfouri Neto[1]

Rafaella Nogaroli[2]

RESUMO: Os desenvolvimentos científicos em cirurgia robótica e telecirurgia têm revolucionado a prestação dos cuidados à saúde. Contudo, os avanços tecnológicos não eliminam o fator de imprevisibilidade no tratamento médico; pelo contrário, algumas vezes, os progressos da medicina podem tornar ainda mais aleatórios o diagnóstico e a terapia. No contexto das cirurgias assistidas por robôs, seja de forma presencial ou à distância, o consentimento informado do paciente adquire certas peculiaridades, tendo em vista os diversos fatores aleatórios e riscos inerentes à própria tecnologia. Assim, o presente trabalho propõe-se a analisar o contexto brasileiro, europeu e norte-americano, dos riscos e benefícios associados às referidas tecnologias e o conteúdo necessário de informações repassadas aos pacientes, bem como as formas de responsabilização e a quantificação de danos pela violação do dever de informação.

PALAVRAS-CHAVE: cirurgia robótica, consentimento informado, responsabilidade civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Concluiu Programa de Pós-Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR).
Endereço eletrônico: mkfourin@gmail.com

[2] Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola Magistratura do Paraná (EMAP). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Assessora jurídica de desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR).
Endereço eletrônico: nogaroli@gmail.com

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE NOVAS TECNOLOGIAS NA ÁREA DA SAÚDE

Novas tecnologias têm alterado profundamente a relação médico-paciente e todo o setor da saúde. Atualmente, a internet e demais tecnologias de comunicação permitem que médicos diagnostiquem, tratem e até realizem cirurgias em pacientes a distância, nos locais mais remotos do mundo. A denominada *Telemedicina* consiste na prestação de serviços de saúde por meio de tecnologias da informação e da comunicação, em que o profissional da saúde e o paciente não estão presentes fisicamente no mesmo local. Conforme expõe o professor português, Alexandre Libório Dias Pereira, a Telemedicina "envolve a transmissão de dados e informação de saúde através de textos, sons, imagens ou outros que sejam necessários para a prevenção, diagnóstico, tratamento e acompanhamento de pacientes; está presente em diversas especialidades da medicina, desde a teleradiologia à telecirurgia, passando pela teleconsulta".[3]

As inovações tecnológicas têm revolucionado, também, a forma como os procedimentos cirúrgicos são realizados. Cirurgias assistidas, amiúde, por robôs, já são realidade em muitos hospitais ao redor do mundo. O que se convencionou chamar de *cirurgia robótica*, representa a evidência do futuro da medicina e uma das conquistas mais notáveis da tecnologia médica. Os movimentos da mão do médico-cirurgião são traduzidos num robô, por meio de movimentos pequenos e com grau elevado de precisão.

Devido à flexibilidade maior dos braços robóticos em comparação com as ferramentas laparoscópicas convencionais, o procedimento e a sutura podem ser executados com maior precisão. Ademais, o punho do robô tem capacidade infinitamente superior ao punho humano, pois aquele pode girar 360.º em todos os eixos, tornando completamente acessíveis locais anteriormente de difícil acesso ou até mesmo inacessíveis. O robô-cirurgião opera com pequenos instrumentos dentro do corpo do paciente, sendo um deles o laparoscópico, um tubo fino com uma pequena câmera que envia imagens 3D em alta resolução para um monitor de vídeo.

O aparato tecnológico é utilizado em cirurgias minimamente invasivas, sobretudo nas especialidades de urologia, ginecologia, cirurgia geral, torácica e abdominal, além da neurocirurgia – esta, pela necessidade de exatidão milimétrica na intervenção cirúrgica. A utilização do robô torna mais segura e precisa a cirurgia, eliminando o tremor natural do ser humano; a microcâmera amplia a visão do cirurgião e a tomada de decisões no decorrer da cirurgia se torna mais rápida e exata.

A Intuitive Surgical, empresa estadunidense fabricante do robô cirurgião "Da Vinci" (*Da Vinci Surgical System*), desde 2000, já vendeu mais de 2.900 robôs nos Estados Unidos e mais de 4.500 no restante do mundo.[4] Até 2008, havia três robôs em atividade no Brasil; hoje, são quarenta e um – e a quantidade tende a aumentar.[5] O Sistema Da Vinci contém três componentes principais: um console ergonômico onde fica o cirurgião, um totem de 4 braços interativos junto ao paciente e uma torre de vídeo de alta definição. Em quatorze anos, de 2000 a 2013, apenas nos Estados Unidos foram realizadas 1.745.000 cirurgias robóticas. No Brasil, já ocorreram mais de 17.000 cirurgias robóticas[6] e o Hospital Israelita Albert Einstein, em São Paulo, é o pioneiro em cirurgias assistidas por robôs, utilizando da tecnologia, desde 2008,

ISSNe 2595-1602

quando um paciente de 70 anos foi submetido à extirpação da próstata com a assistência do robô Da Vinci.[7] Em Portugal, a primeira cirurgia robótica, também de prostatectomia radical, foi realizada no Hospital da Luz, em 2010, num paciente de 50 anos.[8]

Estima-se que essa tecnologia robótica já proporcionou a realização de cirurgias minimante invasivas para mais de 3 milhões de pessoas ao redor do mundo.[9] Em 2017, a Intuitive Surgical vendeu 5.770 robôs, sendo 65% deles para hospitais norte-americanos.[10] O número anual estimado de procedimentos robóticos nos Estados Unidos disparou de cerca de 136 mil, em 2008, para 877 mil em 2017.[11]

A cirurgia robótica torna menor o risco de infecção, reduz a perda de sangue e o tempo da cirurgia; as incisões são menores e, por isso, as cicatrizes também diminuem; o risco de complicações é, em geral, menor e a recuperação, mais rápida. Os braços do robô e a rotação dos punhos, em 360.º, permitem movimentos e posições que a mão do cirurgião não pode executar. Esse alto grau de precisão é a melhor alternativa às cirurgias abertas ou laparoscópicas.

Contudo, inarredável a necessidade de o cirurgião receber treinamento específico, para se capacitar à utilização da robótica. A busca por especialização na área da medicina robótica tem crescido, significativamente. No IRCAD América Latina, grande centro de treinamento em cirurgia minimamente invasiva, localizado em Barretos (SP), já foram treinados mais de 8.500 cirurgiões em medicina robótica, nos últimos 7 anos, nas mais diversas áreas, tais como: ginecologia, endometriose, cirurgia geral e aparelho digestivo.[12]

Em localidades que não dispõem de especialista, também podem ser realizadas telecirurgias. Em 2002, um cirurgião, localizado em Nova Iorque, realizou telecirurgia de colecistectomia laparoscópica em um paciente de 68 anos, que estava a aproximadamente 7.000 quilômetros de distância, em Strasbourg (França).[13] Dois médicos locais permaneceram ao lado da paciente, acompanhando o ato e prontos para intervirem, caso necessário. Essa primeira cirurgia realizada remotamente, conhecida como “Operation Lindbergh”, durou menos de 1 hora e foi concluída com sucesso. No início do ano de 2019, um cirurgião realizou a primeira neurocirurgia remota no mundo, com a nova tecnologia 5G.[14] O Dr. Ling Zhipei, que estava em Pequim, implantou remotamente um neuroestimulador em um paciente, que sofria de Mal de Parkinson, localizado a 3.000 quilômetros de distância, em Hainan. A cirurgia durou cerca de três horas e foi finalizada, também, satisfatoriamente, sem intercorrências.

1.1. Os Riscos Associados na Cirurgia Robótica Presencial e a Distância

Os desenvolvimentos científicos em cirurgia robótica e telecirurgia, conforme expusemos, têm revolucionado a prestação dos cuidados à saúde. Contudo, há uma série de impactos éticos e legais que devem ser ponderados ao utilizar essa tecnologia, dentre eles: capacitação do profissional, privacidade e proteção de dados da saúde do paciente, lei aplicável (tendo em vista os possíveis conflitos de jurisdição), consentimento informado do paciente, limitações da tecnologia etc.[15] Jacques Marescaux expõe, tendo em vista a cirurgia remota poder ser realizada por um médico

ISSNe 2595-1602

em um país ou estado diverso do paciente, podem surgir "conflitos de jurisdição e questões legais, tais como, se o cirurgião deve ou não ser responsável por erros relacionados a atrasos na transmissão ou falha do equipamento, ou se um consentimento especial deve ser obtido".[16]

Nos Estados Unidos, entre os anos de 2000-2013, há 10.624 relatos de eventos adversos envolvendo o robô Da Vinci, que foram protocolados junto à FDA. Dentro desse universo de eventos danosos relatados, ocorreram morte em 144 casos (1,4%), lesões ao paciente, em 1.391 casos (13,1%) e mau funcionamento do dispositivo robótico, em 8.061 casos (75,9 %). Os maiores relatos de mortes e lesões foram em cirurgias cardiotoráxicas (6,4%) e de cabeça e pescoço (19,7%). Em que pese a maior frequência da cirurgia robótica ser realizada nas especialidades de ginecologia e urologia (quase 90%), o índice de mortes nestas especialidades varia entre 1,4% e 1,6%, respectivamente.[17]

A FDA enviou, em 2013, uma carta de advertência[18] à empresa estadunidense Intuitive Surgical, criticando seus procedimentos de notificação de segurança sobre o robô Da Vinci e alegando falha da empresa em relatar adequadamente os possíveis eventos adversos na utilização do aparato tecnológico. Além disso, a agência criticou a empresa por não incluir instruções sobre a limpeza dos instrumentos robóticos. Sem a devida assepsia, alguns robôs foram danificados, expondo os pacientes a agentes infecciosos, causando mais danos do que benefícios. Dentre os eventos adversos relacionados a erros no sistema Da Vinci, há relatos de uma das mãos do robô, durante a cirurgia, não liberar algum tecido do paciente ou, ainda, mover-se de forma inesperada, perfurando órgãos próximos ao sítio cirúrgico.

Na última década, a Intuitive Surgical promoveu 175 *recalls* do robô Da Vinci, ocorrendo decréscimo desse número nos últimos anos, atingindo o pico de 49 recalls, em 2014, e caindo para apenas 1 recall por ano em 2010 e 2011. Já em 2018, ocorreram 8 *recalls*.[19] A empresa solicitou esses *recalls*, junto à FDA, tanto para pequenos ajustes no robô, como esclarecimentos de instrução e atualizações de software, bem como para questões mais sérias, como o caso de uma faca cirúrgica que não podia se mover quando necessária para realizar algum corte, braços cirúrgicos que apresentaram falhas e outros componentes do robô que poderiam se mover, inesperadamente.

Além disso, desde a primeira cirurgia robótica realizada remotamente (telecirurgia), a grande dificuldade na ampla aplicabilidade dessa tecnologia é a diminuição do tempo de latência (*latency time* ou *time delay*) entre os movimentos realizados pelo cirurgião e a replicação pelo robô.[20] O aumento do tempo de latência é atribuído, principalmente, a problemas de roteamento e congestionamento de rede ou à sobrecarga do servidor. Esse *delay* não só gera uma operação demorada, mas pode também produzir imprecisões cirúrgicas significativas, comprometendo a segurança do paciente e retardando a sua recuperação. Mesmo pequenos atrasos no tempo de transmissão, como milissegundos, podem levar a resultados desastrosos na telecirurgia e, potencialmente, a várias ações de responsabilidade civil médica.

De acordo com o neurocirurgião Paul J. Choi,[21] embora seja possível alcançar um tempo de latência de menos de 100 milissegundos, com cabos de fibra óptica e uma tecnologia especial de rede (Modo de Transferência Assíncrono - *Asynchronous*

ISSNe 2595-1602

Transfer Mode - ATM), ainda, assim, seriam necessários quarenta (40) técnicos de TI trabalhando durante a cirurgia, para garantir a manutenção dessa velocidade. Há estudo que aponta a possibilidade de os médicos serem treinados para realizar procedimentos cirúrgicos mesmo existindo o *time delay*, contudo, adverte-se para necessidade de constante treinamento e cuidado com a autoconfiança do profissional.[22]

Ugo Pagallo, no livro "The Law of Robots",[23] explica, "embora os sistemas cirúrgicos do robô Da Vinci possam reduzir o tempo das hospitalizações em cerca de metade e os custos hospitalares em cerca de um terço, há o risco de erro médico devido ao treinamento deficiente com o sistema robótico: os cirurgiões não recebem tempo e recursos suficientes para aprender a utilizar o robô de forma adequada (...) os cirurgiões com extensa experiência na tecnologia robótica declaram que são necessárias, pelo menos, 200 cirurgias para se tornarem proficientes no sistema Da Vinci".[24]

Vale mencionar que, independentemente se a cirurgia robótica é realizada de modo presencial ou remoto, há a necessidade de um anestesista e outro cirurgião na sala de cirurgia, para intervirem em caso de mau funcionamento robótico ou quaisquer interrupções tecnológicas. Evidentemente, deve-se garantir que toda a equipe de profissionais da saúde envolvidos (médicos, enfermeiros, instrumentadores) seja apropriadamente capacitada e receba, constantemente, treinamento e atualização na nova tecnologia. Isso porque, não calibrar corretamente um instrumento robótico pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de um movimento impreciso do braço do robô cirurgião ou, ainda, ocasionar uma falha na transmissão da imagem do sítio cirúrgico.[25]

Ademais, deve-se levar em consideração que num modelo moderno de "telecirurgia integrada" (*integrated telesurgery model*), o cirurgião utiliza as informações eletrônicas do paciente em rede – tais como exames médicos e outros dados de saúde – e, enquanto realiza a cirurgia, analisa-as constantemente, através de um console especial. Caso ocorra alguma falha de conexão com a interface por uma interrupção da internet, há probabilidade de surgirem danos substanciais ao paciente. Segundo Thomas R. McLean,[26] deve-se, nesse caso, também discutir a possibilidade de responsabilização do provedor de serviços de internet.

Outro ponto importante a ser ponderado é como garantir que os dados sensíveis de saúde dos pacientes, em atendimento remoto, sejam preservados, garantindo transmissão segura de informações, sem que ocorra vazamento ou perda de dados. Ocorrendo tal infortúnio, há normas específicas para determinar a responsabilização pela violação dos dados sensíveis de saúde: na União Europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation* – GPDR) e, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que entrará em vigor em 2020.

1.2. As Demandas Indenizatórias por Eventos Adversos na Cirurgia Robótica

Imagine o cenário de um médico que realiza remotamente uma cirurgia robótica de revascularização miocárdica em uma paciente. Durante o procedimento,

ISSNe 2595-1602

o braço robótico realiza um movimento, aparentemente inesperado, e corta uma artéria coronária. Caso o profissional seja demandado numa ação de reparação de danos, será de crucial importância, inicialmente, investigar o nexo causal entre a conduta médica e o dano sofrido. Pode-se chegar à conclusão de que o médico não agiu com culpa – atuou com a prudência, diligência e conhecimento exigíveis – e o dano causado ao paciente foi devido ao tempo de latência entre os movimentos do cirurgião e a replicação pelo robô. Nesse caso, mesmo que o médico tenha treinamento em cirurgia robótica e conhecimento prévio desse *delay*, deverá ser responsabilizado pelo risco associado à tecnologia? Ou, ainda, pode-se pensar na imputação da responsabilidade objetiva do fabricante do robô pelo tempo de latência? Essas são algumas das principais questões debatidas pela comunidade jurídica.

Em 2015, um senhor de 69 anos morreu de falência múltipla de órgãos, após se submeter à cirurgia robótica (Da Vinci Robot), no Freeman Hospital, em Newcastle, Inglaterra.[27] O robô danificou parte do coração do paciente, Mr. Pettitt, durante um procedimento cirúrgico. Abriu-se inquérito policial para determinar a causa da morte. Segundo laudo pericial, “a morte do paciente foi consequência direta da cirurgia e suas complicações e também, em parte, porque ela foi realizada com assistência robótica”. O cirurgião acabou revelando que "poderia ter realizado a cirurgia com mais treinamento prévio no robô, antes da intervenção cirúrgica”. Além disso, constatou-se que o hospital, onde ocorreu a intervenção, não possuía nenhuma política de treinamento dos médicos em novas tecnologias na área da saúde. O diretor médico do hospital emitiu um pedido de desculpas reconhecendo que o hospital “falhou em garantir um padrão de cuidado razoavelmente esperado na cirurgia robótica”.

Em 2017, a Suprema Corte de Washington julgou o caso *Taylor v. Intuitive Surgical Inc.*,[28] em que se discutia, principalmente, a responsabilidade da empresa *Intuitive* pela falha de informações adequadas fornecidas a um hospital sobre os riscos associados à utilização do robô Da Vinci. O médico, Dr. Bildsten, realizou, em 2008, cirurgia robótica de prostatectomia, utilizando o sistema Da Vinci, no paciente Fred Taylor, a fim de tratar o câncer de próstata. À época da cirurgia, Taylor pesava quase 130 kg e possuía IMC=39, índice superior ao indicado (30) pela Intuitive para realização da cirurgia robótica. Além disso, ele já tinha passado anteriormente por três cirurgias na região inferior do abdômen, o que também contrariava as indicações da cirurgia veiculadas pela fabricante ao médico. Mesmo sabendo que Taylor não se enquadrava como candidato adequado ao procedimento com auxílio do robô Da Vinci, o Dr. Bildstein optou por realizar a cirurgia e, ainda, durante a intervenção, não colocou o paciente na posição “Trendelenburg”,[29] recomendada pela Intuitive.

No decorrer do ato cirúrgico, Taylor teve complicações, sua parede retal foi dilacerada e ele sofreu insuficiência respiratória, razões pelas quais o médico (Dr. Bildsten) precisou converter a intervenção robótica para uma cirurgia convencional (aberta) e, ainda, outro cirurgião (Dr. John Hedges), também, interveio para corrigir a ruptura retal. Após o procedimento cirúrgico, a qualidade de vida de Taylor foi substancialmente prejudicada, passando a utilizar uma bolsa de colostomia e, ainda, sofreu danos neuromusculares, de modo que já não podia mais andar sem assistência. Cerca de quatro anos após a cirurgia, ele faleceu.

ISSNe 2595-1602

O paciente Taylor buscou reparação pelos danos sofridos, em face dos médicos Dr. Bildstein e Dr. Hedges pela negligência médica, do hospital e, ainda, da Intuitive, fabricante do robô. Antes da demandada ser ajuizada, firmou-se acordo extrajudicial (com cláusula de confidencialidade sobre os seus termos) com os médicos e o hospital, de modo que remanesceu apenas a demanda em face da Intuitive. Alegou-se a negligência da empresa por não fornecer informações adequadas sobre o robô Da Vinci. Contudo, o veredicto do Júri Cível foi favorável a fabricante, visto que esta informou e instruiu de forma satisfatória o médico, Dr. Bildstein. Apelou-se dessa decisão, sob o argumento de que os jurados foram mal instruídos sobre o dever de informação, que só seria adimplido caso a Intuitive tivesse prestado informações completas sobre o aparato tecnológico, também, ao hospital (não apenas ao médico). Contudo, a Corte de Apelação, em decisão por maioria (2 a 1), negou provimento ao recurso e manteve a decisão anterior.

Quando o processo chegou à Suprema Corte de Washington, determinou-se a realização de novo julgamento, para a obtenção de outro veredicto do Júri. O fundamento dessa decisão assentou-se no fato de que o fabricante deve prestar informações, também, ao hospital, comprador do robô. Isso porque, "de acordo com o WPLA (*Washington Product Liability Act*), os fabricantes têm o dever de alertar os hospitais sobre os perigos de seus produtos. As advertências do fabricante para o Dr. Bildsten não eximiriam a empresa do seu dever de advertir, também, o Harrison Medical Center. (...) o tribunal errou ao não instruir o júri sobre este dever." Dentre essas advertências, destaca-se, *in casu*, que o dispositivo robótico não deve ser utilizado em cirurgia de próstata de pacientes com obesidade e que já passaram por anterior cirurgia abdominal.

Atualmente, nos Estados Unidos, tem-se notícia[30] de diversas pessoas pleiteando indenização por danos sofridos durante a performance dos robôs Da Vinci. Contudo, o resultado da grande maioria dos litígios não é publicado, pois são resolvidos extrajudicialmente, por meio de acordos com cláusula de confidencialidade sobre os seus termos. Não é difícil prever, a partir da experiência, sobretudo, dos Estados Unidos e Europa, que poderão surgir situações geradoras de ações indenizatórias por danos ocorridos durante uma cirurgia robótica.

A grande complexidade na análise da responsabilidade civil, nesses casos, dá-se, sobretudo, na determinação de quem, efetivamente, causou o evento danoso e, portanto, se a o dano é decorrente de um serviço essencialmente médico (nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia), paramédico (advindo da falha na intervenção dos enfermeiros com a correta regulagem do robô ou adequada limpeza dos instrumentos robóticos) ou extramédico (inadequada ou inexistente política hospitalar de treinamento de médicos e outros profissionais, defeito de qualquer instalação nas dependências do estabelecimento, má conservação do robô pelo não atendimento aos cuidados recomendados pelo fabricante). Ainda, pode-se pensar na responsabilização do próprio fabricante do robô por defeito no produto (ou nas informações prestadas sobre o aparato tecnológico).

Deve-se considerar, também, a responsabilidade da empresa de telecomunicação por alguma queda no acesso à internet, durante a utilização da tecnologia na intervenção médica. Além disso, os eventos adversos podem ser em

ISSNe 2595-1602

decorrência de uma limitação da própria tecnologia, tal como na telecirurgia, em que há ainda um certo *delay* entre os movimentos da mão do cirurgião e os movimentos reproduzidos no robô, que está a milhares de quilômetros de distância. Neste caso, é importante investigar a quem deverá ser imputada a responsabilização.

Nos Estados Unidos, as demandas indenizatórias sobre eventos adversos ocorridos durante a intervenção médica assistida por aparelhos robóticos são conhecidas como "finger-pointing cases". Isso porque há sempre o dilema de quem deve responder, o profissional da medicina (e/ou o hospital) ou o fabricante do equipamento. Contudo, em 2017, desenvolveu-se um dispositivo chamado "dVLogger",[31] espécie de "caixa preta" acoplada no robô cirurgião Da Vinci, que grava vídeo e metadados durante a cirurgia. Por meio desse recurso, captura-se o posicionamento dos instrumentos e como o médico está conduzindo o movimento do robô. Com a *metadata evidence*, auxilia-se na elucidação do que de fato ocorreu (culpa médica ou defeito do produto) no momento da intervenção médica. Pode-se constatar, por exemplo, que durante a cirurgia o robô emitiu algum alerta ou aviso de erro, mas o médico desconsiderou o alerta e optou por assumir o risco de dar continuidade ao ato cirúrgico. Ou, ainda, pode-se verificar um mau funcionamento do próprio robô, que realizou inesperadamente algum movimento.

Evidentemente, na cirurgia assistida por robô é o médico quem continua a comandar o ato cirúrgico, valendo-se de instrumentos robóticos como extensão de suas próprias mãos. Alude-se à existência de sinergia entre o homem e a máquina, não à substituição daquele por esta. Assim, no eventual exame da responsabilidade civil, a equação é conhecida; em primeiro plano, analisa-se a atuação pessoal do médico, com o intuito de se reconhecer a ocorrência de culpa *stricto sensu* (imperícia, imprudência ou negligência), por parte do médico; reconhecida a culpa do seu preposto, responderá solidariamente o hospital. Por defeito do robô, do *software* ou de qualquer outro componente, a responsabilidade do hospital será objetiva, assegurado o direito de regresso.[32] Admitida a conceituação de culpa médica como desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta, deve-se firmar qual seria esse modelo idealizado, para a delimitação dos critérios de atuação do médico. Para melhor compreensão da forma de aferição da culpa médica, valemo-nos, *passim et passim*, de raciocínio exposto por um dos autores do presente trabalho, na obra *Responsabilidade Civil dos Hospitais* (2018): "O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se ao médico os indicadores que medem e graduam a culpa, em geral. Não deve ele olvidar qualquer dos ensinamentos que compõem a base da sua arte, nem tampouco deixar de dar importância a essas regras. Deve, pois, conhecer e fazer tudo aquilo quanto um outro diligente ou diligentíssimo médico que se encontrasse nas mesmas condições suas saberia e faria. Ao se afastar dos cânones da medicina, previstos para determinada hipótese, e caso daí sobrevenha dano, o médico agirá culposamente."[33]

Pode-se, contudo, restar provado que o médico, durante a realização da cirurgia robótica atuou com a diligência que legitimamente se esperava dele – ou seja, não agiu com culpa –, tampouco há defeito no robô cirurgião, sendo o evento danoso decorrente de um risco associado a própria terapêutica. Nesse caso, caberá ao

ISSNe 2595-1602

médico ou entidade hospitalar provar que obteve o consentimento livre e esclarecido do paciente sobre aquele possível risco específico na utilização da referida tecnologia. O fato gerador da indenização, nessas situações de violação do dever de informação, "não será o dano em si, mas a falha (ou ausência) de informação, isoladamente considerada. Noutras palavras, o médico responderá não como causador do dano, mas por não ter obtido o consentimento do paciente".[34]

Em que pese nosso trabalho aqui não ter como foco as formas de determinação da responsabilidade pela culpa médica em si, é de suma importância a compreensão de que os diversos riscos da cirurgia robótica – assim como os benefícios –, devem ser transmitidos ao paciente, antes de ser submetido ao procedimento cirúrgico. Isso porque, conforme exporemos a seguir, o médico deve respeitar o princípio da autonomia da vontade e dignidade do doente, sob pena de responsabilização pela ausência de consentimento.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO DO PACIENTE NAS CIRURGIAS ROBÓTICAS

A complexidade do organismo humano e a inevitável influência de fatores externos fazem da álea terapêutica, ou seja, da incerteza um atributo indissociável da prática médica. Os avanços tecnológicos na área da saúde não eliminam o fator de imprevisibilidade no tratamento médico; pelo contrário, algumas vezes, os progressos da medicina podem tornar ainda mais aleatórios o diagnóstico e a terapia. Por isso, não se justifica transferir para o profissional todos esses riscos e áleas.[35] Todavia, o médico deve fornecer ao paciente uma informação leal, completa e acessível, tanto sobre o ato cirúrgico em si e cuidados pós-operatórios, bem como os riscos inerentes à cirurgia, aí incluídos aqueles que apresentem caráter específico e/ou excepcional, como na cirurgia robótica.

No contexto das cirurgias assistidas por robôs, seja de forma presencial ou a distância, o consentimento informado adquire certas peculiaridades, tendo em vista os diversos fatores aleatórios e riscos inerentes à tecnologia, como já expusemos amplamente na primeira parte deste trabalho. É de suma importância a compreensão de toda a dinâmica do consentimento do paciente nas novas tecnologias de robótica e telemedicina, o que envolve discussões sobre diversos aspectos, dentre eles: a forma e o conteúdo do termo de consentimento (quais informações devem ser prestadas), a maneira de imputação da responsabilidade pelo inadimplemento do dever de informar, o ônus da prova do consentimento etc. Todas essas questões serão adiante analisadas, contudo, é importante traçar um breve panorama do desenvolvimento dogmático, até o atual entendimento sobre a doutrina do consentimento livre e esclarecido do paciente.

Consentimento é o comportamento mediante o qual "se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro."[36] Para Heloisa Helena Barboza, o "consentimento é a expressão máxima do princípio da autonomia, constituindo um direito do paciente e um dever do médico".[37] No mesmo sentido, Jessica Minor, no livro "*Informed Consent in Predictive Genetic Testing*", [38] explica que a autonomia é o princípio basilar do

ISSNe 2595-1602

consentimento informado, porém vigorou por muito tempo a ideia de paternalismo ligada a Hipócrates, ou seja, uma visão acentuadamente paternalista da relação médico-paciente, na qual o enfermo é verdadeiramente tutelado pelo profissional e ocupa, então, posição de mero objeto da atuação médica.

A doutrina do consentimento informado recebeu forte influência norte-americana, em que a expressão *informed consent* foi incorporada, pela primeira vez. Em 1914, no caso Schloendorff v. Society of New York Hospital,[39] afirmou o notável Juiz Benjamin Nathan Cardozo: "todo ser humano maior de idade e capaz tem o direito de determinar o que deve ser feito com o seu próprio corpo; e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do paciente comete uma ofensa pela qual será responsabilizado". Até o início do século XX, a ideia de consentir significava apenas "permissão dada pelo paciente ao médico para prosseguir com a intervenção recomendada".

Contudo, com o julgamento do *caso Canterbury v. Spence,* em 1972, passou-se a definir que o médico "deve alertar o paciente sobre quaisquer riscos para que o paciente possa tomar uma decisão inteligente sobre o tratamento". O Tribunal entendeu pela não existência de erro médico durante a cirurgia, mas determinou a culpa do profissional pela ausência de consentimento livre e esclarecido, definindo a importância da autodeterminação do paciente, conforme observa-se no seguinte trecho da decisão: "a existência de verdadeiro consentimento do paciente, para o que acontece a si mesmo, ocorre com o exercício informado de uma escolha, e isso implica em uma oportunidade de avaliar, de modo inteligível, as opções disponíveis e riscos envolvidos em cada uma delas. O 'paciente médio' tem pouca ou nenhuma compreensão das artes médicas e, normalmente, tem apenas o seu médico a quem ele confia e pode procurar esclarecimentos, a fim de que possa chegar a uma decisão inteligente. Destas quase inquestionáveis considerações suscita a necessidade e, por sua vez, a exigência de do médico informar adequadamente o paciente para que ele possa tomar tal decisão."[40]

Discutiu-se o dever do médico em informar os riscos do tratamento ao paciente, também, no caso *Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital* (1985), julgado pela Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales. Esse julgamento foi considerado de extrema importância para a doutrina *do informed consent*, pois, trouxe à tona, pela primeira vez, a necessidade de o tribunal responder às seguintes questões: "1) O paciente tem o direito legal de ser informado, e o médico tem o dever legal de informá-lo, quanto aos riscos inerentes ao tratamento recomendado pelo médico? 2) Se a lei reconhece esse direito [do paciente ser informado] e dever [do médico informar], devem ser repassadas todas as informações correlatas (*full disclosure*) ao tratamento ou o médico tem o poder discricionário para avaliar a natureza e extensão das informações a serem repassadas ao paciente? 3) Se esse direito pode ser 'qualificado' [informações repassadas pelo médico ao paciente podem ser selecionadas], qual critério o magistrado utilizará para verificar que a extensão e a qualidade das informações são suficientes para satisfazer o direito à informação do paciente?"[41].

Ao julgar o caso, a Corte de Apelação aplicou o chamado "Bolam principle" (princípio da beneficência), o qual determina que o dever de o médico informar seu

ISSNe 2595-1602

paciente sobre os riscos inerentes ao procedimento é condicionado à obrigação primordial do médico de levar em consideração os melhores interesses do paciente.

Por outro lado, em 2015, julgou-se o paradigmático caso escocês *Montgomery v Lanarkshire Health Board*, que inaugurou uma nova fase da doutrina do consentimento informado, ao abandonar definitivamente a antiga visão paternalista da relação médico-paciente e relativizar o princípio da beneficência. Delineou-se o papel consultivo do médico, que envolve um processo de diálogo, cujo objetivo é assegurar que o paciente compreenda a gravidade de sua condição clínica, todos os benefícios e quaisquer riscos previstos do tratamento proposto, bem como razoáveis alternativas de tratamento, de modo que o doente esteja em posição de tomar uma decisão bem informada, livre e esclarecida. O dever de informação assumido pelo médico só restará cumprido de forma eficaz caso todas essas informações fornecidas forem compreensíveis. Desse modo, o dever do médico não é preenchido bombardeando-se o paciente com informações técnicas que ele não pode razoavelmente compreender, menos ainda exigindo sua assinatura em um termo padronizado e genérico de consentimento.

Atualmente, o consentimento informado paciente, com seu pilar no princípio da autonomia da vontade (ou autodeterminação), tem previsão em diversos documentos internacionais.

Segundo disposições da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos,[42] de 2005, da UNESCO, as "questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universais pelos direitos humanos e liberdades fundamentais". No artigo 5.º do referido documento é previsto que "deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais". Já o artigo 6.º prescreve que "qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito".

Vale também mencionar a Declaração de Lisboa (1991), emendada pela 47.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial (1995), em Bali, Indonésia.[43] Quanto ao direito à autodeterminação do paciente dispõe-se que "a) o paciente tem o direito à autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das consequências de suas decisões; b) Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento".[44]

A Declaração de Telaviv (1999) estabelece responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina – incluída aí a telecirurgia – sublinhando a relevância do consentimento informado, no seu ponto 17: "as regras correntes do consentimento e

ISSNe 2595-1602

confidencialidade do paciente também se aplicam às situações da telemedicina. A informação sobre o paciente só pode ser transmitida ao médico ou a outro profissional de saúde se isso for permitido pelo paciente com seu consentimento esclarecido. A informação transmitida deve ser pertinente ao problema em questão. Devido aos riscos de filtração de informações inerentes a certos tipos de comunicação eletrônica, o médico tem a obrigação de assegurar que sejam aplicadas todas as normas de medidas de segurança estabelecidas para proteger a confidencialidade do paciente.”.[45]

Em 2017, o Parlamento Europeu elaborou um relatório com recomendações aos estados-membros de disposições de Direito Civil sobre Robótica.[46] Destacam-se suas disposições sobre o direito à privacidade e consentimento do paciente, no ponto 13: “O direito à privacidade tem de ser sempre respeitado. Um engenheiro de robótica deve assegurar que as informações privadas sejam mantidas em segurança e utilizadas apenas de forma adequada. Além disso, um engenheiro de robótica deve garantir que os indivíduos não sejam identificáveis pessoalmente, salvo em circunstâncias excepcionais e, se for esse o caso, apenas o sejam com consentimento esclarecido e informado de forma inequívoca. O consentimento humano informado deve ser solicitado e obtido antes de qualquer interação homem-máquina. Como tal, os criadores de robótica são responsáveis por desenvolver e seguir procedimentos para o consentimento válido, para a confidencialidade, o anonimato, o tratamento justo e o processo equitativo. Os criadores cumprirão qualquer pedido no sentido da destruição de quaisquer dados conexos e da respetiva eliminação dos conjuntos de dados.” [47]

No Brasil, o dever de informação encontra balizas também no Código de Ética Médica (Resolução do CFM n. 1.931, de 17.9.2009), especialmente nos artigos 31º e 34º que prescrevem, respectivamente, ser vedado ao médico “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” e “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Em França, “nenhum ato médico ou tratamento pode ser praticado pelo médico sem o livre e esclarecido consentimento do paciente; essa conduta deve ser observada a todo momento. Em todos os casos será necessário ao paciente reiterar a sua decisão para permitir a conduta médica a ser seguida. O médico francês deve proteger a dignidade do paciente e assegurar a sua qualidade de vida, dispensando-lhe os cuidados necessários até a morte. Desse modo, a pessoa deve decidir sobre a sua saúde e a sua vida com base nas informações transmitidas pelo profissional, a quem compete respeitar a vontade manifestada, após esclarecê-lo precisamente para tomar essa decisão”.[48] Neste sentido, dispõe o art. L1110º–4 do *Code de la Santé Publique*, que “Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d’assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les

ISSNe 2595-1602

informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe".[49]

O Código Penal português, por sua vez, no artigo 157.º, prevê o direito dos indivíduos tomarem decisões sobre a sua própria saúde e que "o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento". Pune-se a intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente com o tipo penal "intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários" (art. 156.º). Há, também, a Norma 15/2013, da Direção-Geral da Saúde (2013), relativa ao consentimento informado, livre e dado por escrito. Tal regramento, de acordo com André Pereira, "tem influenciado no sentido de uma maior implementação da prática de obter o consentimento do doente, por escrito, no âmbito das intervenções médicas, em especial médico-cirúrgicas. Necessário seria que no cumprimento regular desta Norma, o consentimento dos doentes seja mais informado e mais livre e não se transforme num mero formalismo burocrático. (...) Numa leitura crítica, podem-se apontar algumas limitações a esta Norma 15/2013. A primeira deriva da sua natureza jurídica. Como visto, trata-se de uma Norma exarada da autoridade do Diretor Geral de Saúde, com o valor normativo limitado, o que determina o seu alcance, pois apenas se procura organizar de forma sintética todo um instituto jurídico que se encontra disperso pelo ordenamento jurídico (Código Civil, Código Penal, Lei n.º 15/2014, de 21 de março (direitos e deveres dos utentes do sistema de saúde), Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, etc.)."[50] Por fim, destaca-se o dever de esclarecimento consignado no artigo 44º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

O professor português leciona que, em resumo, o consentimento informado revela-se como "um instituto que visa permitir a autodeterminação dos riscos assumidos e, assim, uma delimitação do risco que impende sobre o médico ou sobre o paciente. Assim, os médicos são agora obrigados a informar o paciente de forma clara e, se solicitado, por escrito, sobre o exame proposto e tratamento e sobre os desenvolvimentos relativos ao exame, o tratamento e a condição de saúde do paciente."[51]

O entendimento jurisprudencial português, no que se refere à responsabilidade civil por violação do consentimento informado, é atualmente orientado por Acórdão de 2 de junho de 2015 (Relatora: Clara Sottomayor), do Supremo Tribunal de Justiça, conforme explica André Pereira, "(...) afirmou claramente a responsabilidade civil por violação do consentimento informado, tratando-se de um caso que vem orientando a jurisprudência, tanto na jurisdição comum (que julga os litígios emergentes em hospitais), como na jurisdição administrativa (que julga os litígios ocorridos em hospitais públicos), no sentido do respeito dos direitos dos pacientes, em especial do direito ao consentimento informado. Segundo se conhece, essa é a primeira vez que o Supremo Tribunal condena um médico por violação do dever de obter o consentimento (informado)". [52]

Ainda, o professor português complementa que, antes de 2015, "o direito ao consentimento informado havia sido afirmado pelo STJ em, pelo menos, duas ocasiões; todavia, nesses dois casos a decisão foi de absolvição do Réu: Acórdão do

ISSNe 2595-1602

Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010 (Relator: Pires da Rosa); e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de outubro de 2014 (Relator: João Bernardo). A partir desta decisão, de 2/6/2015, torna-se claro que a Jurisprudência reconhece todos os efeitos civis da violação do consentimento informado. Em suma: serão, assim, ressarcíveis, não só os danos não patrimoniais causados pela violação do seu direito à autodeterminação e à liberdade, mas também por violação da sua integridade física (e, eventualmente, da vida), bem como os danos patrimoniais derivados do agravamento do estado de saúde. Assim sendo, o montante das indemnizações resultantes de um processo de responsabilidade por violação do consentimento informado pode ser tão elevado como os casos de negligência médica". [53]

No contexto brasileiro, há recente decisão do Superior Tribunal de Justiça,[54] no sentido de que há efetivo cumprimento do dever de informação quando "os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado".

Ademais, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald expõem o atual posicionamento doutrinário no Brasil, do qual seguimos de pleno acordo, no sentido de que a autodeterminação do paciente somente é verdadeiramente exercida quando as informações prestadas são específicas, para o caso concreto daquele paciente específico, e não genéricas.[55] Portanto, o dever de informação assumido pelo médico restará cumprido a partir da análise do "critério do paciente concreto",[56] ou seja, a explicação do profissional deve ser extensa e adaptada ao nível intelectual e cultural do doente.

ISSNe 2595-1602

2.1. O Conteúdo da Informação nas Cirurgias Assistidas por Robôs

A utilização cada vez mais acentuada das tecnologias na área da saúde, especialmente da robótica e telemedicina, implica maiores ponderações acerca do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente. A moderna doutrina do consentimento informado compreende um papel consultivo do médico, o que envolve um processo de diálogo, cujo objetivo é assegurar que o doente compreenda todas as circunstâncias do tratamento proposto, bem como as razoáveis alternativas terapêuticas, possibilitando a tomada de decisão bem informada.[57]

Filipa Moreira Azevedo, no artigo, "O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina",[58] publicado na Revista portuguesa *Lex Medicinae*, explica que não basta o médico repassar informações ao paciente, a fim de cumprir com a sua obrigação de informar, porque o direito à informação e ao esclarecimento não findam no momento em que é manifestado o consentimento do paciente. É indispensável que "o paciente entenda e assimile o alcance dessa informação, caso contrário a obrigação de esclarecimento não se encontra satisfeita. Só depois de cabalmente executadas essas duas obrigações é que estão criadas as condições para o paciente manifestar a sua vontade, de forma livre, consentindo, ou não a intervenção, ou tratamento (..) o CI [consentimento informado] encerra a decisão a uma invocação recebida no campo da prestação de cuidados de saúde, através da

qual o paciente expressa a sua autonomia, autodeterminação, exerce a sua liberdade de vontade e dispõe sobre atos que lhe são imanentes, identitários, fortificando à visto disso a sua dignidade."[59]

De igual modo, no termo de consentimento para a prática da cirurgia assistida por robô, seja realizada de forma presencial ou a distância (telecirurgia), deverão constar no termo de consentimento os benefícios esperados e os possíveis riscos associados à utilização da tecnologia. Acima de tudo, o médico precisa expor claramente ao paciente quais as diferenças (benefícios e riscos) na adoção de uma cirurgia robótica em relação à convencional.

Dentre os riscos que deverão constar no termo de consentimento para realização da telecirurgia, mencionam-se: 1) possibilidade de interrupção da telecirurgia por algum problema de conexão com a internet ou mesmo falha do próprio equipamento; 2) existência de um *time delay* entre os movimentos do cirurgião e a reprodução pelo robô, que pode gerar algum evento adverso; 3) demais riscos técnicos decorrentes de falha do software ou da própria limitação tecnológica; 4) possibilidade de acesso ilícito por terceiros dos dados da saúde do paciente armazenados em rede.

Em 2018, 274 episódios de invasões de dados em organizações da saúde foram reportados ao *U.S. Department of Health and Human Services Office for Civil Rights*.[60] Diversas empresas e entidades hospitalares de países da Europa, como Espanha, Inglaterra e Portugal, foram alvos de ataques cibernéticos, em 2017.[61] Nesta ocasião, 16 hospitais do serviço público de saúde do Reino Unido foram afetados e alguns pacientes em situação de emergência precisaram ser transferidos. Além disso, informações sobre pacientes, agenda de consultas, linhas internas de telefone e e-mails ficaram, temporariamente, inacessíveis.

Imagine-se que um cirurgião, localizado num hospital em Londres, estivesse realizando uma telecirurgia em um paciente, em Lisboa, no exato momento em que o sistema do hospital inglês sofre uma interrupção. Diante disso, o monitor – que passava imagens do sítio cirúrgico do paciente português – de repente, fica preto, não sendo mais possível saber quais movimentos serão reproduzidos pelo robô, em Portugal. Necessariamente, a equipe do hospital local de Lisboa estará em prontidão, ao lado do paciente e, verificando qualquer falha no sistema ou movimento imprevisível do robô cirurgião, deverá afastar este do paciente e, imediatamente, adotar as condutas emergenciais cabíveis, incluindo a transformação do procedimento cirúrgico em uma cirurgia convencional (aberta) sem a assistência do robô.

Esse é um exemplo, dentre tantos outros, de que podem ocorrer situações em que a cirurgia robótica precisará ser interrompida e substituída por uma cirurgia convencional, realizada pelas próprias mãos do médico, sem interferência do aparato tecnológico. Ressalta-se, portanto, que a informação sobre a possibilidade de intercorrências no ato cirúrgico por falha do sistema ou do equipamento robótico, com a consequente transformação da cirurgia robótica para uma convencional, deve ser claramente transmitida ao paciente. Nesse sentido, Deborah Dubeck, no artigo "Robotic-Assisted Surgery: Focus on Training and Credentialing", explica as peculiaridades do consentimento na cirurgia robótica: "os pacientes precisam saber mais do que apenas os riscos gerais, benefícios e alternativas que estão associadas

ISSNe 2595-1602

ao procedimento. O risco de falha do robô e a prontidão para implementar um plano de contingência, com a conversão para um procedimento aberto, são questões que devem ser abordadas no consentimento informado do paciente. Os cirurgiões precisam passar algum tempo com o paciente explicando os prós e contras da cirurgia robótica, comparando-a com outras alternativas de terapêutica".[62]

Além disso, na telecirurgia, conforme explana Neera Bhatia ("Telesurgery and the Law), há também questões fundamentais de privacidade envolvidas, levantando-se a preocupação "de que os pacientes possam não saber até que ponto suas informações médicas podem ser divulgadas a outras pessoas. Praticamente, qualquer consulta de telecirurgia envolve a transferência eletrônica de registros médicos e informações do paciente".[63] Desse modo, o compartilhamento dos dados de saúde do paciente é um ponto de relevante importância, que deverá constar no termo de consentimento.

No que se refere à abrangência da informação prestada pelo médico na telemedicina, expõe André Gonçalo Dias Pereira, que é imprescindível "uma descrição do tipo de telemedicina que se vai realizar (telemonitoração, telemanipulação, ou cirurgia robótica), a experiência e a especialização do telecirurgião (ou consultor), os fins para os quais a informação médica pode ser usada (por exemplo, para diagnóstico ou fins educacionais), e quais os objetivos e meios de controlo de armazenamento da informação médica computadorizada numa base de dados. O paciente deve ter a garantia de que sua privacidade será respeitada tal como na medicina tradicional, mas enquanto estiverem trabalhando *on line,* sempre há o risco de um terceiro ter acesso (ilícito) às informações".[64]

Ressalta-se, portanto, que o professor português adota postura, da qual concordamos, sobre a obrigação do médico em revelar previamente ao paciente a sua especialização, bem como a sua experiência com a tecnologia robótica. Expusemos, na primeira parte deste trabalho, o recente episódio de um paciente na Inglaterra que teve falência múltipla de órgãos e veio a óbito, logo após ser submetido à cirurgia cardíaca robótica. O cirurgião admitiu seu prévio treinamento insuficiente com a tecnologia e, ainda, o hospital admitiu sua falha em adotar políticas adequadas de treinamento em cirurgia robótica. Em situações como a narrada, observa-se a imprescindibilidade de serem transmitidas ao paciente algumas informações: 1) qual o treinamento e a experiência do médico em cirurgias assistidas por robô; 2) qual é a política de treinamento em cirurgia robótica do hospital onde será realizado o procedimento; 3) se a cirurgia robótica em questão já foi realizada por qualquer outra pessoa no mesmo hospital ou em qualquer outra entidade hospitalar do país; 4) quais são os benefícios e riscos da cirurgia assistida por robô em relação à cirurgia convencional.[65]

2.2 Reponsabilidade Civil e Quantificação de Danos na Ausência de Consentimento Informado na Cirurgia Robótica

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso da cirurgia robótica e telecirurgia serem realizadas sem o consentimento livre e esclarecido do paciente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito

ISSNe 2595-1602

essencial de todo tratamento ou intervenção médica. A ausência do consentimento pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização.

Na cirurgia robótica e telecirurgia, assim como em quaisquer outras intervenções médicas, o dever de informar é um dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual. A indenização é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, "por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente."[66]

A fim de se estabelecer o dever de indenizar, deve-se verificar o nexo causal entre a omissão de informação e o dano. Quando a intervenção médica é correta – mas não se informou adequadamente –, a culpa surge pela falta de informação – ou pela informação incorreta. Não é necessário negligência no tratamento. A vítima deve demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento.

Discussão que paira na doutrina é sobre quem deve ser o responsável por obter o consentimento do paciente na realização da cirurgia robótica a distância ou de quaisquer outras intervenções médicas realizadas com o recurso da telemedicina. Na lei da Califórnia (*California Telemedicine Development Act, 1996*), por exemplo, apenas o médico assistente tem o dever de obter o consentimento informado, pois ele tem maior proximidade e confiança com o paciente.

Contudo, o professor português André Gonçalo Dias Pereira, entende que há responsabilidade solidária do dever de informar: "(...) isto vale para a telecirurgia, bem como para a telemonitoração – que os princípios enunciados relativos à medicina de equipa e da colaboração entre os médicos devem prevalecer aqui, pelo que ambos são solidariamente responsáveis pelo cumprimento de dever de informar, sem embargo de, no plano das relações internas, se poder onerar o médico que está fisicamente presente junto do paciente e que, naturalmente, tem mais facilidade de estabelecer o diálogo propício ao consentimento informado".[67] Partilhamos do parecer do ilustre autor, e defendemos que há responsabilidade solidária na ausência do consentimento livre e esclarecido do paciente, recaindo maior oneração da obrigação de informar ao médico que está mais próximo ao paciente.

Ressaltamos, por fim, que a quantificação da indenização pela violação ao dever de informar o paciente sempre suscita controvérsia, principalmente por inexistir balizamento legal – permanecendo a fixação do montante indenizatório ao alvedrio do órgão julgador, de quem se espera prudente arbítrio. A soma indenizatória pela ausência de informação na cirurgia robótica e telecirurgia não será fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como no caso de a lesão ter sido provocada por falha técnica ou deficiente atuação médico-cirúrgica, mas sim diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido convenientemente informado, não se submeter ao tratamento com a referida tecnologia.[68]

Na quantificação desses danos, há quatro principais fatores a serem ponderados: 1) o estado de saúde do paciente, prognóstico e gravidade do processo patológico; 2) as alternativas terapêuticas existentes, ou seja, se a cirurgia robótica era necessária e quais os riscos e benefícios do procedimento ser realizado com a

ISSNe 2595-1602

referida tecnologia, comparando-a com a cirurgia convencional. Deve-se verificar a existência (ou não) de terapias menos arriscadas ou até isentas de risco. Ponha-se em destaque, ainda uma vez: quanto mais grave o risco, mais agudo o dever de informar e obter o consentimento plenamente esclarecido do paciente; 3) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após inteirar-se dos perigos inerentes à intervenção; 4) se tais riscos, não informados, eram comuns ou excepcionais.

Após análise desses quatro fatores, incumbirá ao magistrado mensurar as consequências concretas da falta de consentimento, arbitrando reparação consentânea. De qualquer forma, segundo já exposto, por um dos autores do presente trabalho, no artigo intitulado, "A Quantificação do Dano na Ausência de Consentimento Livre e Esclarecido do Paciente" (2019),[69] deverá o magistrado sempre se atentar ao fato de que o dano não foi causado por má prática médica, mas pela violação ao dever de informação, motivo pelo qual a indenização será menor que aquela estabelecida para a hipótese de dano diretamente ocasionado por imperícia, imprudência ou negligência do profissional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo deste trabalho, os avanços tecnológicos na área da saúde, especialmente em cirurgias assistidas por robôs, podem tornar ainda mais aleatória a intervenção médica. Obviamente, não se justifica transferir para o profissional todos esses riscos e áleas. Contudo, o médico tem a obrigação de fornecer ao paciente uma informação completa, tanto sobre o ato cirúrgico e cuidados pós-operatórios, bem como os riscos inerentes à cirurgia robótica, aí incluídos aqueles que apresentem caráter específico e/ou excepcional.

Procurou-se demonstrar, ao longo deste artigo, que há benefícios e riscos com a utilização da tecnologia robótica nas cirurgias, o que requer certas ponderações e reflexões sobre o conteúdo mínimo a ser disposto no termo de consentimento. Em que pese as inúmeras vantagens, há importantes discussões sobre a capacitação do médico (e o tempo mínimo de treinamento), a privacidade e proteção de dados da saúde do paciente, as limitações da tecnologia etc. Na telecirurgia, há ainda o risco de eventos adversos decorrentes do tempo de latência (*time delay*) entre os movimentos realizados pelo cirurgião e a replicação pelo robô. Caso essas informações mínimas sobre os riscos envolvidos não estejam presentes no termo de consentimento assinado pelo paciente, o profissional da medicina será responsabilizado, não pela culpa médica em si, mas pela violação ao dever de informar o paciente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Filipa Moreira. O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina. Cadernos da Lex Medicinae, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 253-262

ISSNe 2595-1602

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. Lex Medicinae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.2, Coimbra, 2004, p.10.

BHATIA, Neera. Telesurgery and the Law. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. Telesurgery. Londres: Springer, 2008. Ebook.

CHOI, Paul J.; OSKOUIAN, Rod J.; TUBBS, R. Shane. «Telesurgery: Past, Present, and Future». Cureus Journal of Medical Science, São Francisco: Cureus, v. 10, n. 5, Mai. 2018. [Consul. 20 Mai. 2019], Disponível em: <https://assets.cureus.com/uploads/review_article/pdf/12751/1550698319-20190220-655-3jlaza.pdf>.

DUBECK, Deborah. Robotic-Assisted Surgery: Focus on Training and Credentialing. [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <http://patientsafety.pa.gov/ADVISORIES/Pages/201409_93.aspx>.

FARIAS, Cristiano Chaves de, NETTO, Felipe Braga e ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. A Quantificação do Dano na Ausência de Consentimento Livre e Esclarecido do Paciente. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01-22, jan.-abr./2019.

_____. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. VER PÁGINA.

_____. Responsabilidade Civil do Médico.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.

_____. Responsabilidade Civil dos Hospitais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.

MARESCAUX, Jacques; RUBINO, Francesco; SOLER, Luc. Computer-Assisted Remote Surgery. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. Telesurgery. Londres: Springer, 2008. Ebook.

MCLEAN, Journal of Legal Medicine. Cybersurgery: An Argument for Enterprise Liability. Journal Of Legal Medicine, Los Angeles, vol. 23, n. 2, p. 167-210, nov. 2010.

MINOR, Jessica. Informed Consent in Predictive Genetic Testing. A Revised Model. Suíça: Springer, 2015. Ebook.

PAGALLO, Ugo. The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts. Londres: Springer, 2013. Ebook.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Telemedicina e Farmácia Online: Aspetos Jurídicos da Ehealth. [em linha], [Consul. 8 Mar. 2019], Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B79eff4f2-f05c-497e-9737-ca05830cc360%7D.pdf>.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica. Dissertação De Doutoramento Em Ciências Jurídico-Civilísticas Apresentada À Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra. Coimbra, dezembro de 2012

_____. O Consentimento Informado em Portugal: Breves Notas. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca (SP), v. 12, n. 2, 2017.

ISSNe 2595-1602

_____. O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SONG, Xu. et. al. «Effect of latency training on surgical performance in simulated robotic telesurgery procedures». The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery, Chicago: John Wiley & Sons, v. 11, p. 290-295, 2014.

TOMÉ, Patricia Rizzo. O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil Decorrente. Cadernos da Lex Medicinae, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 409-422.

[3] PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Telemedicina e Farmácia Online: Aspetos Jurídicos da Ehealth*. [em linha], [Consul. 8 Mar. 2019], Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B79eff4f2-f05c-497e-9737-ca05830cc360%7D.pdf>.
Ainda, destaca o autor: "O conceito de eHealth é mais amplo, abrangendo outros serviços como os portais de informação de saúde, as farmácias online, as bases de dados eletrónicas e a prescrição e transmissão eletrónica de receitas médicas."
[4] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: < https://idataresearch.com/robotic-surgery-statistics-show-movement-towards-more-minimally-invasive-procedures/>.
[5] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/aumenta-o-numero-de-cirurgias-roboticas-no-brasil/>.
[6] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <https://www.einstein.br/sobre-einstein/imprensa/press-release/brasil-comemora-10-anos-de-cirurgia-robotica>.
[7] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <https://www.einstein.br/sobre-einstein/imprensa/press-release/brasil-comemora-10-anos-de-cirurgia-robotica>.
[8] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <https://www.dn.pt/ciencia/saude/interior/robo-capaz-de-operar-e-usado-pela-primeira-vez-em-portugal-1602500.html>.
[9] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <https://www.davincisurgery.com/da-vinci-surgery/da-vinci-surgical-system/>.
[10][Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <https://www.healthnewsreview.org/2018/08/new-questions-about-the-3b-year-robotic-surgery-business/>.
[11] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: <https://www.healthnewsreview.org/2018/08/new-questions-about-the-3b-year-robotic-surgery-business/>.
[12] [Consul. 8 Fev. 2019], Disponível em: < http://www.wareline.com.br/wareline/noticias/como-funciona-a-robotica-na-medicina/>.
[13] CHOI, Paul J.; OSKOUIAN, Rod J.; TUBBS, R. Shane. «Telesurgery: Past, Present, and Future». *Cureus Journal of Medical Science*, São Francisco: Cureus, v. 10, n. 5, Mai. 2018. [Consul. 20 Mai. 2019], Disponível em: <https://assets.cureus.com/uploads/review_article/pdf/12751/1550698319-20190220-655-3jlaza.pdf>.
[14] [Consul. 8 Jun. 2019], Disponível em: <https://www.rt.com/news/454056-remote-brain-surgery-china
[15] BHATIA, Neera. Telesurgery and the Law. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. *Telesurgery*. Londres: Springer, 2008. Ebook.
[16] MARESCAUX, Jacques; RUBINO, Francesco; SOLER, Luc. Computer-Assisted Remote Surgery. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. *Telesurgery*. Londres: Springer, 2008. Ebook.
[17] Dados retirados do banco de dados "MAUDE" (*The Manufacturer and User Facility Device Experience*), um sistema de relatórios mantido pela FDA. A Intuitive Surgical, fabricante do robô Da Vinci, apresentou a grande maioria dos relatos, embora alguns também tenham sido apresentados por hospitais, médicos e pacientes. Análise dos dados extraídas do artigo: "A Retrospective Study of 14 Years of FDA Data". [Consul. 12 Mar. 2019], Disponível em: <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1507/1507.03518.pdf>.
[18] [Consul. 12 Mar. 2019], Disponível em: <https://www.fda.gov/ICECI/EnforcementActions/WarningLetters/2013/ucm363260.htm>.
[19] [Consul. 12 Mar. 2019], Disponível em: < https://www.nbcnews.com/health/health-news/da-vinci-surgical-robot-medical-breakthrough-risks-patients-n949341>.

ISSNe 2595-1602

[20] MARESCAUX, Jacques; RUBINO, Francesco; SOLER, Luc. Computer-Assisted Remote Surgery. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. *Telesurgery*. Londres: Springer, 2008. Ebook.
[21] CHOI, Paul J.; OSKOUIAN, Rod J.; TUBBS, R. Shane. «Telesurgery: Past, Present, and Future». *Cureus Journal of Medical Science*, São Francisco: Cureus, v. 10, n. 5, maio. 2018. [Consul. 20 Mai. 2019], Disponível em: <https://assets.cureus.com/uploads/review_article/pdf/12751/1550698319-20190220-655-3jlaza.pdf>.
[22] SONG, Xu. et. al. «Effect of latency training on surgical performance in simulated robotic telesurgery procedures». *The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery*, Chicago: John Wiley & Sons, v. 11, p. 290-295, 2014.
[23] PAGALLO, Ugo. *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*. Londres: Springer, 2013. Ebook.
[24] PAGALLO, Ugo. *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*. Londres: Springer, 2013. Ebook.
[25] BHATIA, Neera. Telesurgery and the Law. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. *Telesurgery*. Londres: Springer, 2008. Ebook.
[26] MCLEAN, Journal of Legal Medicine. Cybersurgery: An Argument for Enterprise Liability. *Journal Of Legal Medicine*, Los Angeles, vol. 23, n. 2, p. 167-210, nov. 2010.
[27] [Consult. 03 Mar. 2019], Disponível em: <https://www.kingsleynapley.co.uk/insights/blogs/blog-medical-negligence-law/heart-breaking-robotic-surgery-patient-dies-as-a-result-of-robotic-assisted-heart-surgery#page=1>.
[28] [Consult. 03 Mar. 2019], Disponível em: <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/2017/92210-1.html>.
[29] A posição de Trendelenburg é uma posição utilizada para cirurgias de órgãos pélvicos e laparotomia de abdômen inferior, onde a parte superior do dorso é abaixada e os pés são elevados. Mantém-se as alças intestinais na parte superior da cavidade abdominal.
[30] [Consult. 03 Mar. 2019], Disponível em: <https://www.nbcnews.com/health/health-news/da-vinci-surgical-robot-medical-breakthrough-risks-patients-n949341>.
[31] Consult. 12 Mar. 2019], Disponível em: < https://www.therobotreport.com/study-intuitives-black-box-recorder-shows-quantifiable-skill-differences-among-surgeons/>.
[32] No caso de responsabilidade civil do fabricante por um defeito no robô, há normas específicvas aplicáveis nos Estados Unidos (Restatement (Second) of Torts), Brasil (Código de Defesa do Consumidor) e União Europeia (Diretiva Europeia 85/374/CEE e Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017 (2015/2103(INL)), que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica).
[33] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil dos Hospitais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.
[34] KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.
[35] KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.
[36] KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Ebook.
[37] A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. Lex Medicinae. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.2, Coimbra, 2004, p.10.
[38] MINOR, Jessica*. Informed Consent in Predictive Genetic Testing. A Revised Model*. Suíça: Springer, 2015. Ebook.
[39] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm>.
[40] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/19721236464f2d77211045>.
[41] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <https://swarb.co.uk/sidaway-v-board-of-governors-of-the-bethlem-royal-hospital-and-the-maudsley-hospital-hl-21-feb-1985/>.
[42] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>.
[43] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>.

ISSNe 2595-1602

[44] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>.
[45] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/27telaviv.html>.
[46] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html?redirect>.
[47] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html?redirect>.
[48] TOMÉ, Patricia Rizzo. O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil Decorrente. Cadernos da *Lex Medicinae*, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 409-422
[49] [Consult. 10 Mai. 2019], Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2002/3/4/2002-303/jo/article_3>.
[50] PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado em Portugal: Breves Notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca (SP), v. 12, n. 2, 2017.
[51] PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Dissertação De Doutoramento Em Ciências Jurídico-Civilísticas Apresentada À Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra. Coimbra, dezembro de 2012
[52] PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Dissertação De Doutoramento Em Ciências Jurídico-Civilísticas Apresentada À Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra. Coimbra, dezembro de 2012
[53] PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado em Portugal: Breves Notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca (SP), v. 12, n. 2, 2017.
[54] BRASIL. STJ, *REsp 1.540*, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. T., j. 02.08.2018
[55] FARIAS, Cristiano Chaves de, NETTO, Felipe Braga e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1318.
[56] PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 556.
[57] KFOURI NETO, Miguel. A Quantificação do Dano na Ausência de Consentimento Livre e Esclarecido do Paciente. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01-22, jan.-abr./2019.
[58] AZEVEDO, Filipa Moreira. O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina. *Cadernos da Lex Medicinae*, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 253-262.
[59] AZEVEDO, Filipa Moreira. O Consentimento Informado Silenciado na Esfera da Telemedicina. *Cadernos da Lex Medicinae*, Coimbra, vol. II, n. 4, 2019. Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico Vol. II, p. 253-262.
[60] [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <https://ocrportal.hhs.gov/ocr/breach/breach_report.jsf/>.
[61] [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2017/05/12/ataque- em: 04.03.20019
[62] DUBECK, Deborah. *Robotic-Assisted Surgery: Focus on Training and Credentialing*. [Consult. 4 Mar. 2019], Disponível em: <http://patientsafety.pa.gov/ADVISORIES/Pages/201409_93.aspx>.
[63] BHATIA, Neera. Telesurgery and the Law. In: KUMAR, Sajeesh; MARESCAUX, Jacques. *Telesurgery*. Londres: Springer, 2008. Ebook.
[64] PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 557.
[65] Nesse sentido, cf. reportagem de Josephine Burnett, atuante na área de responsabilidade civil médico-hospitalar, no escritório Kingsley Napley, em Londres, Disponível em: <https://www.kingsleynapley.co.uk/insights/blogs/blog-medical-negligence-law/heart-breaking-robotic-surgery-patient-dies-as-a-result-of-robotic-assisted-heart-surgery#page=1>.
[66] BRASIL. STJ, REsp 1.540, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. T., j. 02.08.2018.
[67] PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, P. 559.
[68] KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01–20, jan.-abr./2019.
[69] KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01–20, jan.-abr./2019.

ISSNe 2595-1602

ESTABELECIMENTO COMERCIAL DAS EMPRESAS VIRTUAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA EXIGÊNCIA DE PONTO FÍSICO.

Karla O'hara Félix Silva[1]

"A vida do direito é o diálogo da história"

Miguel Reale

RESUMO

Nos últimos anos a quantidade de sociedades que desenvolvem suas atividades empresariais apenas na forma virtual, vem crescendo de forma intensa, e mesmo para essas lhes é exigido um ponto físico para cadastra-se na junta comercial. Contudo, essa exigência gera na sociedade empresarial muitas vezes a necessidade de desembolso para conquistar tal ponto, o que acaba afetando no lucro. Por meio desta pesquisa, pretende-se alcançar a nível acadêmico uma análise em relação a desobrigação desse requisito. O qual objetivo dessa, será alcançado por meio de um breve relato histórico sobre como surgiu e o motivo da fixação desse requisito. De forma subsequente, no segundo capítulo, mostrar o equivalente a influência, importância e proporção que tem tais empresas, bem como, a credibilidade delas, e a possibilidade de intimação virtual que possuem, trazida pelo NCPC, o que fortalecer a ideia de que a ausência do espaço físico atualmente não causa prejuízo no que se trata de confiança e segurança jurídica. Em seguida, no terceiro capitulo, será tratada a natureza jurídica do estabelecimento, e se a ausência de ponto em loja virtual desfigura a mesma. E por fim, no quarto capítulo, apontar o trespasse como uma possibilidade, levando em consideração o repasse da conta virtual. Isto posto, a pesquisa visa propor a possibilidade do cadastramento de uma sociedade empresarial na junta comercial, sem que exista a necessidade da subscrição de um endereço físico.

Palavras-chave: Estabelecimento. Ponto físico. Lojas virtuais.

ISSNe 2595-1602

[1] Estudante de Direito no Centro Universitário Potiguar - UNP, karlaohara11@hotmail.com

1 – INTRODUÇÃO

O artigo tem por escopo abordar que a necessidade do ponto físico como critério constitutivo do estabelecimento para uma sociedade empresarial, é baseado mais no contexto histórico do que hodierno. Com isso, não deveria ser considerado requisito indispensável para subscrição das mesmas nas juntas comerciais.

Para desenvolver tal raciocínio, adentra-se na diferença entre ponto e estabelecimento comercial, ainda bastante confundido pelos próprios aplicadores do direito. O que fortifica a linha de pensamento que distancia a obrigatoriedade da existência de um ponto físico para atividades desenvolvidas pela web.

Primeiramente, é importante contextualizar o conteúdo embasando a ideia por meio de um breve percurso histórico, que esclarece desde o surgimento das primeiras atividades comerciais, o motivo da implantação desse requisito. A qual, teve como princípio as trocas, vejamos:

1.1 Sistema de trocas

As relações comerciais no Brasil, tiveram como marco preambular as transferências mútuas, ou seja, trocas entre os produtores. Pois cada família possuía uma determinada habilidade, e vendo a dificuldade de se dedicarem em todas as atividades, junto com a necessidade de usufruírem de produtos diferente do que cultivavam, os feitores viram nessa ideia a oportunidade de todos serem favorecidos. E para a realização do escambo necessitavam encontrar-se em um lugar específico, com isso, o comércio era considerado local, pois costumava ser praticado apenas entre as pessoas de uma mesma civilização, visto que quanto mais perto, mais fácil e rápido de realizar a troca ainda com o produto ainda conservado. Nota-se assim o início de uma linha histórica que obriga a fixação do tal ponto físico.

Contudo, com o tempo essa praticidade derivada da troca foi deixando de existir, pois a necessidade por produtos cada vez mais diferentes foi aumentando, e alguns deles já não estavam tão perto, encontrava-se além da própria comunidade, ou seja, eram produtos agora de difícil acesso, pois precisariam então dos transportes. E a presença do ponto físico torna-se ainda mais necessária, envolvendo agora o deslocamento e o desgaste financeiro para chegar até tal local que tivesse o produto, precisando que fosse certo o ponto onde encontraria exatamente o que buscava.

E foi nessa mesma ideia que as primeiras feiras começam a tomar forma, pois sabendo o dia em que habitantes de outra comunidade viriam, os produtores de uma determinada região colocavam seus produtos em exposição todos em um ponto físico amplo, de forma que pudessem ficar próximos, mostrando seus frutos e produções, para que os visitantes pudessem ter praticidade e variedade, que era justamente o que os mesmos buscavam.

Não existe prova exata acerca da criação da primeira feira livre do Brasil, mas ainda no sistema de trocas, essa ideia também foi marcada pelas festas religiosas, as quais muitas pessoas se reuniam e os produtores aproveitavam o local para a exposição das suas colheitas e feitos.

ISSNe 2595-1602

Podendo sendo extraído que o ponto físico se fez necessário para que existisse uma praticidade, segurança e conforto nas trocas, tendo em vista fazer parte da organização dos produtores. Que notoriamente era a céu aberto sem delimitação de espaço.

E aos poucos o homem foi aprendendo que não precisaria se deslocar mais tantas vezes, pois, poderia trocar em grande quantidade e guardar. E essa reserva fez com que o próprio se atentasse ao valor que tinha o produto.

1.2 Influência das Grandes Navegações

Enquanto isso, durante os séculos XV e XVI, o mundo vivia uma espécie de transição do modelo de organização feudal para o que viria a ser capitalismo. Provocado pelas Cruzadas, o renascimento comercial, o nascimento de uma burguesia forte e a criação dos Estados Nacionais foram fatores decisivos para a expansão marítimocomercial europeia. O qual, exploradores europeus, mas principalmente portugueses e espanhóis, começaram a aventurar-se pelo “mar desconhecido”, dando início a Era das Navegações e Descobrimentos Marítimos. Explorando o oceano Atlântico, Pacífico e Índico

Eles queriam obter matérias-primas, metais preciosos e produtos não encontrados na Europa, assim como no Brasil os produtores buscavam mercadorias diferentes do que cultivavam, em comunidade vizinhas. E também precisaram de transporte para locomover-se e alcançarem tais.

Resultando assim em mudanças econômicas, políticas e até mesmo ideológicas em toda a Europa. Os países banhados pelo Atlântico passaram a desfrutar de uma posição comercial estratégica, nada era mais tão simples como uma troca.

É possível dizer que o pensamento do homem da época se tornou mais racional, haja vista que as diversas lendas e contos mitológicos que permeavam seu pensamento a respeito do desconhecido mar, e todas as lendas que o rodeavam acabaram se mostrando caindo por terra, tornando assim o comércio uma atividade mais racional que meramente um meio de sobrevivência. Alertando-os para o valor que as simples trocas poderiam ter.

1.3 Moeda

Ao entender de forma racional o comércio, o homem passou a ter uma visibilidade mais competitiva, gananciosa e com perspectivada de lucro, ou seja, não seria mais para saciar a fome, e sim para obter reserva, e com isso, valorização do produto. Com isso, o que não era mais uma simples troca, ao ser visto com maior valor, faz surgiu as primeiras moedas, como meio de intermediar as atividades comerciais entre os povos.

Gerando a necessidade de se determinar um valor específico para as coisas, tornando o comércio mais igualitário, e limitando a valorização indevida dos produtos. Portando, a moeda a partir de então seria usada como pagamento pelos produtos. E a mesma

ISSNe 2595-1602

deveria ser feita de uma forma que pudesse ser facilmente transportada, dividida, difundida e que fosse de boa qualidade para durar bastante tempo.

A primeira utilizada foi o sal, fazendo surgir a expressão que usamos até hoje:

salário. Depois, vieram outros produtos como as conchas, até surgir o ouro, que hoje é substituído pelo papel, mais precisamente o real, o que não deixou de valorizar o ouro, que ainda hoje serve como forma de pagamento.

E o real, a moeda vigente, em forma de papel é facilmente substituída pelo cartão de crédito, que surgiu nos Estados Unidos na década de 1920, quando postos de gasolina, hotéis e firmas começaram a oferecê-los para seus clientes mais fiéis, em forme de teste, e ao mesmo tempo um jogo de marketing, que não passava de uma espécie de cartão fidelidade, pois funcionava apenas para o local. E em 1950, o Diners Club criou o primeiro cartão moderno. Um recurso que se tornou popular em todo o mundo na década de 1990 e, hoje, ele pode ser oferecido até mesmo pelo comércio, que procura fidelizar os clientes ao facilitar a compra e eliminar a burocracia na abertura de crédito, o que está atualmente sendo forte aliado nas compras online, que atualmente é o comércio mais forte a nível mundial.

1.4 O espaço físico

No tocando principal a ser desenvolvido nesse estudo, o ponto físico não somente no Brasil, mas, também em Roma, ainda no século XIV os romanos se referiam à taberna como o local onde se desenvolviam suas atividades mercantis. Bem como os comerciantes italianos medievais, referiam-se a estabelecimentos como mensa, taberna, mercatura, funcandum, merx, qualificando-os como um corpus universalis. (BULGARELLI, 1980, p. 50).

Portanto, nota-se que de fato o ponto físico teve grande relevância no surgimento do comercio. Ele fora um quesito de extrema necessidade, e por meio do mesmo que estabeleceu-se as primeiras relações comerciais, e mais que isso, o desenvolvimento de atividades mercantis, desde as trocas feitas no Brasil, até as explorações feitas nas grandes navegações.

Porém, é notório também que ao analisarmos a realidade atual, percebemos sem muito esforço que o ponto físico deixou de ser um quesito primordial para que seja estabelecida tal relação, e que na verdade passou a ser dispensável. Um exemplo claro, é que o simples número de um cartão de crédito, de uma conta bancária, um cadastro em um determinado site, rede social, ou aplicativo, permitem o início e fim de uma compra sem mais dificuldade, dispensando o encontro em um ponto físico.

1.5 O Comércio Na Era Moderna

Chega a ser cômico, pois, tornou-se totalmente inverso, o deslocamento, encontro pessoal e fixação do ponto físico, que antes considerava-o sinônimo de conforto, segurança e praticidade, atualmente o torna desgastante e tido como última opção.

Porém, as lojas só começaram a ganhar os formatos parecidos com os atuais por volta de 200 anos atrás. Até essa época, os comércios se caracterizavam por serem

ISSNe 2595-1602

pequenos empreendimentos (padarias, armazéns, lojas), tudo muito simples e rústico. E para tudo era necessário o contato físico, era sinal de segurança e conforto.

E juntamente com essa modernização, no séc. XIX, na França, surgiu o fundo de comércio como categoria jurídica moderna, por meio do dispositivo da lei fiscal, que passou a onerar as transferências de propriedade do fundo de comércio ou de clientela. A primeira vez que se mencionou sobre fundo de comércio como norma legislativa ocorreu na lei francesa de 28 de fevereiro de 1872. (REQUIÃO, 2009. p. 290).

No Brasil, somente no ano de 2002, com o advento do atual Código Civil, que o estabelecimento comercial veio a ser disciplinado em nosso ordenamento jurídico. Apesar de no início da década de 90, o Brasil ter implementado a abertura comercial com redução de tarifas de importação e reformulação dos incentivos às exportações.

Nesta década também foi instituída a Organização Mundial de Comércio (OMC), organismo multilateral responsável pela regulamentação do comércio. Diante de tudo isso, nota-se que o tempo fez história no direito empresarial. E que não foi de uma hora para outra que o avanço tecnológico fez parte da trajetória do comércio.

Somente em 1992 (dois anos após o lançamento da World Wide Web[2]) que no Brasil o Magazine Luiza produziu em um dos primeiros modelos de negócios de lojas eletrônicas, o qual funcionava em terminais. Com o passar do tempo, esse modelo foi otimizado até ser transformado na atual loja virtual do grupo.

E que apesar dessa experiência com terminais, as lojas eletrônicas do Magazine Luiza não possuíam conexão com a internet, que só foi liberada para fins comercias no Brasil em 1995 pelo Ministério das Comunicações.

Dentro dessa onda tecnológica, a primeira loja virtual oficial em território nacional foi a Brasoftware, que foi desenvolvida em 1996 pelo fundador e editor do blog BizRevolution, Ricardo Jordão Magalhães.

Apesar da ideia inovadora ser notada como futurista e promissora, os comerciantes não dispensaram as lojas físicas. Eles começam a integrar o comércio físico com o virtual em um processo que temos chamado de Êxodo Digital. Ou seja, não foi algo tão facilmente implantado, pois, requer confiança por parte dos compradores, autorização do estado por do Ministério das Comunicações, por exemplo, e acessibilidade, pois, para tal investimento é necessário que o público alvo, ou seja, os clientes tenham acesso à internet, e que seja de qualidade.

Apesar de não ser implantada de forma tão fácil e direta, é nítido que obteve todo sucesso já esperado, as compras virtuais proporcionam praticidade, segurança e conforto ao escolher um produto no mercado, e é por isso que em pleno século XXI, mais precisamente nos últimos 3, a loja física perdeu sua relevância. E hoje, quando o assunto é comercializar, a internet é o primeiro passo. E nada mais justo que

[2] World Wide Web é um termo técnico que foi traduzido para a língua portuguesa como rede mundial de computadores, também conhecido como Web, que designa um sistema de documentos em hipermídia que são interligados e executados na Internet.

ISSNe 2595-1602

adequar os requisitos para o cadastramento nas juntas comerciais, levando em consideração a realidade atual da sociedade.

2 – INFLUÊNCIA, CREDIBILIDADE E PROPORÇÃO DAS EMPRESAS DESENVOLVIDAS SOMENTE NO ÂMBITO VIRTUAIL.

Sob a ótica de que possam demandar contra a sociedade e encontra-la para citar, o ponto físico é considerado indispensável para o cadastramento na junta comercial. Além de proporcionar uma maior facilidade no que se trata do retorno financeiro por parte do estado.

Segundo a assessoria jurídica da JUCERN - Junta Comercial do Rio Grande do Norte, existe a possibilidade de algumas empresas serem cadastradas com o endereço (residência ou domicílio) de um dos sócios, porém, o ponto físico não deixa de ser necessário.

Mostrando assim que a relevância do mesmo, está cada vez mais defasada, não é à toa que não existe uma fiscalização por parte da junta que os cadastram, em relação ao real funcionamento e desenvolvimento da atividade empresarial naquele local subscrito, e sim por órgãos de vigilância sanitária, bombeiros, e receita federal, com isso, decai a responsabilidade tão somente aos empresários em relação a multas de má gestão, e não uma penalidade jurídica relacionada diretamente ao espaço físico, que fica como protagonista dessa atividade para o âmbito jurídico.

Mais uma vez a própria junta comercial assume que a exigência do ponto físico no cadastro de uma sociedade empresarial, não passa do cumprimento de uma questão meramente burocrática e ritualista, uma vez que não lhes é exigida uma qualidade compatível com a atividade a ser desenvolvida também exposta na subscrição.

O que soa como contradição no tocante à desburocratização, é a criação do

REDESIM - A Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, que é um sistema integrado que permite a abertura, fechamento, alteração e legalização de empresas em todas as Juntas Comerciais do Brasil, simplificando procedimentos e reduzindo a burocracia ao mínimo necessário, ou seja, uma plataforma que busca reduzir os desgastes para o cadastros das empresas, fazendo com que cada vez mais sejam regularizadas, acaba sendo desforme com a exigência do ponto físico, a qual a própria junta desenvolve de forma virtual o cadastro.

2.1 - Influência

A influência das sociedades empresas virtuais, nada mais é que o reflexo das mesmas na comunidade. Segurança jurídica dos consumidores; Vantagens que traz o uso tecnológico para satisfazer o consumo; Ligação com a economia estatal; Além entendimentos explanados pelos superiores órgãos judiciais sobre o assunto, tudo isso faz parte do campo de visão que consiste o tema.

No que se trata de demanda jurídica contra a sociedade, e a localização para citação, o NCPC ao trazer a possibilidade de intimação virtual, tanto no artigo 246, V, quanto

ISSNe 2595-1602

no artigo 270 e parágrafo, que estabelecem que as citações e intimações se farão por meio eletrônico a partir de 2015 com a vigência do mesmo, facilita a segurança jurídica do consumidor, podendo ser chamada a um processo judicial uma sociedade que não tenha ponto físico. Sem contar que a sociedade possuindo site, é facilmente identificada por meio de um endereço eletrônico denominado IP –Internet protocol,

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), traz outro ponto que deve ser levado em consideração, o qual muitas vezes faz a citação da empresa não ser sequer necessária, por exemplo em uma ação de cobrança a qual todos os sócios integrem a lide. O relator do recurso julgado, ministro Moura Ribeiro, firma esse entendimento baseado no artigo 601, parágrafo único do NCPC, o qual estabelece não ser necessária a citação da empresa para a dissolução parcial da sociedade com apuração de haveres. Nos seguintes termos:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.731.464 - SP (2017/0328383-5)
>
> RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO RECORRENTE : LUCIO HARUO MIYOSHI ADVOGADOS : RICARDO BERZOSA SALIBA - SP133478 RUI GUIMARÃES PICELI - SP149233 RECORRIDO : ALEX TOSHIUKI OSIRO ADVOGADO : HELDER ALVES DOS SANTOS - SP200828 EMENTA
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE COBRANÇA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO NÃO CONFIGURADA. CITAÇÃO
>
> DA SOCIEDADE DESNECESSÁRIA. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA
>
> DESTA CORTE. PRINCÍPIO PROCESSUAL DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do novo Código de Processo Civil, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Nos termos do art. 601, parágrafo único, do NCPC, na ação de dissolução parcial de sociedade limitada, é desnecessária a citação da sociedade empresária se todos os que participam do quadro social integram a lide. 3. Por isso, não há motivo para reconhecer o litisconsórcio passivo na hipótese de simples cobrança de valores quando todos os sócios foram citados, como ocorre no caso. 4. Na linha dos precedentes desta Corte, o princípio processual da instrumentalidade das formas, sintetizado pelo brocardo pas de nullité sans grief e positivado nos arts. 282 e 283, ambos do NCPC, impede a anulação de atos inquinados de invalidade quando deles não tenham decorrido prejuízos concretos. 5. Recurso especial desprovido.
>
> ACÓRDÃO
>
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).
>
> Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo

ISSNe 2595-1602

Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO

Relator

E em relação ao recolhimento financeiro da prestação estatal, cita-se o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), que incide sobre atividades de comércio, prestações de serviço específicas, e em industrializações de produtos. E a arrecadação dessa renda estatal, não deixa de existir no âmbito virtual, medida em que ao comprar qualquer coisa, o consumidor pode até não ver, mas já está pagando o ICMS que está incluso no valor do produto.

Sem contar que o próprio empresário também está sujeito a essa cobrança, exposto de forma mais direta ainda, pois antes de disponibilizar o produto para venda, seja por produção própria ou por revenda, o estado já garante sua parcela por meio dos impostos inclusos nos produtos que giram no mercado, além do que se paga diretamente a receita federal, que o não pagamento pelo lojistas e prestadores de serviço, acontecerá a imposição da Taxa SELIC (taxa básica de juros) sobre o valor devido. E aos consumidores, o ICMS atinge indiretamente, pois eles não pagam o tributo diretamente à receita.

No mais, ao utilizarmos uma plataforma de venda e comprar online, querendo ou não estamos influenciando a geração de empregos que exigem do profissional uma capacitação, por meio de cursos e atualidades, o que valoriza a educação e impulsiona a busca por tais. Bem como, vem sendo também um passo no que se trata da diminuição da violência, risco, circulação de pessoas, tendo em vista que não necessitam mais saírem de casa para se inserirem no consumo. Assim como a redução da poluição que é consequência da menor circulação de pessoas e automóveis na rua.

ISSNe 2595-1602

2.2 – Reconhecimento e credibilidade

O que faz essa credibilidade existir, é a própria instrução que carrega o consumidor, o qual deve sempre analisar se o site possui um núcleo, o qual distinguirá o website[3], devendo ser seguido de dois TLDs (Top Level Domains), sendo que o primeiro nível diz respeito à natureza do titular (empresarialmente é o ".com"), enquanto o segundo se refere ao país de origem (em nosso país "br"). Por uma questão de segurança sabendo que o mesmo está submetido a legislação brasileira.

E é por meio desse mais-querer presente por parte dos clientes, que os próprios declaram que possuem confiança e depositam credibilidade nas empresas que têm cunho somente virtual. Com isso, acabam elevando a proporção equivalente a

[3] Website é uma palavra que resulta da justaposição das palavras inglesas web(rede) e site (sítio, lugar).

influência e importância das mesmas, pois, a quantidade delas vem aumentando em índices, justamente por existir muitos clientes que optam por elas.

Isto posto, não é à toa que somente 3,4 por cento dos consumidores brasileiros nunca compraram online, até 2016.

2.3 – Proporção

E o que vem proporcionando cada vez maior escalabilidade para os negócios digitais, é o aumento do número de usuários de internet no país e a evolução de tecnologia. Além disso, a internet possui um Marketing Digital que oferece centenas de ferramentas e recursos que potencializam a divulgação e, ao mesmo tempo, auxiliam as lojas virtuais a atingirem públicos cada vez mais específicos para o nicho em que atuam, portanto, mais fáceis de fidelizar.

A doutrina italiana também se manifesta, apontando alguns dos benefícios que as empresas virtuais carregam consigo, que neste ponto traduz-se:

- la concentrazione sui fondamentali: permette di ridurre la complessità, il numero di dipendenti e i costi fissi e i costi variabili per transazione, migliorando l'allocazione dei propri asset finanziari.

Concentração nos fundamentos: reduz a complexidade, o número de funcionários e custos fixos e os custos variáveis por transação, melhorando a relação financiera entre os sócios.

- il customer focus: principalmente uno strumento per far crescere il fatturato e i ricavi tramite il miglioramento e l'ottimizzazione dei prodotti/servizi, la segmentazione dell'offerta, aumenta della fedeltà dei clienti e in definitiva la crescita dei volumi;

Foco no cliente: principalmente uma ferramenta para aumentar as relações, melhorando e otimizando produtos / serviços, segmentando a oferta, aumentando a fidelidade do cliente e, finalmente, aumentando as vendas.

3 – NATREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO, E A NÃO DESFIGURAÇÃO POR FALTA DE PONTO FÍSICO.

Destina-se tal capítulo para tratar da natureza jurídica do estabelecimento, e analisar se a ausência de ponto em loja virtual desfigura a mesma.

Onde, no Brasil, as teorias que mais se destacam, são: O estabelecimento como sendo uma pessoa jurídica com vida própria, autônoma da pessoa do comerciante; E a outra, a teoria majoritária, defende que o estabelecimento comercial é uma universalidade de fato, englobada também sob uma rubrica única de teoria universalista.

Para Fábio Ulhôa Coelho é: "o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica." (2000, P.96), e na concepção de André Luiz Santa Cruz Ramos, "trata-se em suma de todo o conjunto de bens, materiais ou imateriais que o empresário utiliza no exercício de sua atividade." (2012, p. 73). "Os bens materiais, corpóreos são as mercadorias do estoque, instalações, utensílios,

ISSNe 2595-1602

máquinas, e demais bens corpóreos que o empresário utiliza ou possa vir a utilizar na exploração da sua atividade econômica. Já os bens imateriais" (FRANCO, 2001. p. 125), incorpóreos, são os bens industriais, assim exemplificados: contratos, ponto comercial, Créditos e dívidas, registro de desenho industrial, título do estabelecimento, marca registrada, dentre outros.

Saindo momentaneamente da linha doutrinária, e entrando na legislativa, analisando o artigo 1.143 do Código Civil, nota-se que o mesmo dá ao estabelecimento comercial por si só uma capacidade jurídica, passível de negócios jurídicos, o que fortalece a ideia de autonomia diante do comerciante, a saber, "pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos e constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza." (BRASIL, 2002).

E em que se trata a teria majoritária do termo "universalidade", entende-se como um conjunto de elementos isolados, que, quando reunidos, podem ser reconhecidos como unidade, ou seja, é a junção dos bens que formam o estabelecimento, sejam eles móveis ou imóveis, que se analisados de forma individual não possuem valor jurídico comercial. Resultando no aumento do seu valor enquanto continuares reunidor.

Portanto, ainda seguindo a mesma teoria, nota-se que para o empresário iniciar o exercício da atividade comercial, ele precisa necessariamente organizar seu estabelecimento, reunindo os bens que compõem e promovem o funcionamento do negócio, e serão esses os responsáveis pelo giro e promoção do ideal.

Com isso, não devemos confundir: estabelecimento, que é unificação dos bens; Sociedade empresária, que é o próprio sujeito de direito; Com a própria empresa, que é a possuidora de atividade econômica. (COELHO, 2008, p. 99).

ISSNe 2595-1602

4 – O TRESPASSE COMO UMA POSSIBILIDADE, E O REPASSE DA CONTA VIRTUAL.

Trespasse é a modalidade pela qual o empresário tem a liberdade de vender seu estabelecimento empresarial, por meio do contrato de compra e venda, deixando o passivo esclarecido sobre a real situação do estabelecimento comercial, regulamentado pelo Código Civil – através dos artigos 1.143 a 1.149. E no que se trata o conteúdo desse material, vem-se analisar se as consequências cíveis desse trespasse envolve o repasse da conta virtual.

O Código Civil Brasileiro e a doutrina avaliam o estabelecimento empresarial dentro de um aspecto coletivo, tendo em vista a possibilidade dos bens que o integram poderem ser vendidos em conjunto, como um todo, a exemplo do que ocorre no trespasse, bem como ser objeto de alienação isolada, já que os bens podem ser alvo de diversas relações jurídicas, sejam elas autônomas ou não. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa linha de entendimento, editou a súmula 451, segundo a qual "É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial".

Por conseguinte, o estabelecimento empresarial é diferente da própria empresa, pois esta corresponde à atividade propriamente dita, exercida pelo empresário; Enquanto o estabelecimento como já citado, trata-se do conjunto de bens. Importante ressaltar que por se tratar de um integrante do patrimônio da sociedade empresária, o estabelecimento torna-se objeto de direito, podendo ser alienado, onerado, arrestado, penhorado ou objeto de sequestro. E levando em consideração que a conta virtual equipara-se ao ponto, pois é onde toda atividade é desenvolvida, entraria também como elemento do estabelecimento.

Como bem incorpóreo o estabelecimento pode ser alienado, ou seja, o estabelecimento pode ser transferido, de diversas formas, pode ser vendido ou cedido, empenhado e desapropriado. (REQUIÃO, 2009. p. 298).

É de suma relevância citar que os aplicativos, sites e redes sociais que compõe esse conjunto funcional são as fontes principais das sociedades virtuais, e nelas são geradas senhas, códigos, cadastros e assinaturas as quais devem conter expressamente no contrato de compra e venda a regulamentação e mudança desses vínculos, pois, através deles se rege o vínculo financeiro por completo, além da relação entre prestador e consumidor do serviço ou produto.

Nessas condições, nomeasse “estabelecimento virtual”, pois possui características próprias como, ao exemplo o modo de acessibilidade, o público e a forma de pagamento, porém, não se distancia da ideia de estabelecimento propriamente dito, que no fim tudo faz parte do mesmo conjunto, tendo então a mesma natureza jurídica.

Partindo da definição de que o ponto comercial é o endereço eletrônico, o aplicativo, ou o site onde possui a plataforma de exposição do que está sendo oferecido, e também abstraindo-se de que é uno; Possui caráter de localização ao estabelecimento; Agrega valor, nome status e é imaterial; Sendo acessado tão somente pelos sócios que compõe o negócio, fica caracterizado sua relevância no trepasse, pois sem tais não seria possível prosseguir com o funcionamento da empresa virtual. Com isso, o tempo para concorrência também deve ser respeitado expresso no contrato de trepasse.

ISSNe 2595-1602

5 CONCLUSÕES

Pode-se concluir, portanto, que o problema em questão é a cobrança por parte das juntas comerciais em relação ao ponto físico para a subscrição das empresas, e que apesar de buscar a desburocratização as mesmas não seguem acompanhando a realidade virtual no que se pesa o endereço, coisa que nossa legislação já alcançou.

Obtendo a seguinte linha de raciocínio: a empresa não subsiste sem estabelecimento, porém, o estabelecimento compõe-se de forma concreta sem a presença do ponto físico, sem qualquer prejuízo visível sob um ponto de vista jurídico. Afinal, ponto é apenas um dos encargos necessários para configurar o estabelecimento, não podendo desconsiderar os outros, cartão fidelidade e cupom de descontos, por exemplo, são características derivadas do âmbito virtual.

O percurso no tempo faz entender que não passa de um plano dogmático ultrapassado; E o direito para então fazer jus ao nome, precisa necessariamente dialogar com a história.

REFERÊNCIAS

RAMOS, André Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado, 2012, p.obge 73.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. 1. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Manual de direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. v. 1. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequenc ial=1756862&num_registro=201703283835&data=20181001&formato=PDF

http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/28659-28677-1-PB.pdf

COMMERCIAL ESTABLISHMENT OF VIRTUAL COMPANIES: AN ANALYSIS OF THE REQUIREMENT OF PHYSICAL POINT.

ISSNe 2595-1602

MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: EFEITOS DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO[1]

Julia Botelho de Castro Lima[2]

RESUMO

O trabalho tem como tema central a análise da recentíssima lei promulgada no final de 2018, Lei nº13.777, que altera o Código Civil e a Lei de Registros Públicos, e traz à tona o fenômeno do *time sharing*, já existente no cotidiano de uma parcela dos brasileiros há alguns anos, mas só agora incorporado ao nosso ordenamento jurídico. Tal análise é feita tendo como base as controvérsias a respeito da natureza jurídica desse instituto, a forma como foi importado para o direito brasileiro e os benefícios jurídicos e imobiliários que o advento da Multipropriedade Imobiliária proporciona. Serão abordadas análises de renomados civilistas brasileiros, de modo que o objetivo do presente artigo não é abordar todo o conteúdo dessa inovação jurídica, mas, sim, apontar elementos centrais para sua compreensão.

Palavras-chave: Multipropriedade; *time sharing*; direito real; função social.

ISSNe 2595-1602

[1] Artigo científico acerca das inovações e afirmações trazidas pelo instituto da Multipropriedade Imobiliária, realizado para fins de avaliação da disciplina de Direito das Coisas, da Universidade Federal do Piauí.

[2] Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí (7º período). E-mail: julia8botelho@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O instituto da Multipropriedade Imobiliária advém do *Time Sharing*, forma de investimento imobiliário comum internacionalmente, e foi oficializado no Brasil ao final de 2018, a partir da Lei nº 13.777, que atribuiu nova redação ao artigo 1.358 do Código Civil (acrescentando os artigos 1.358 – B ao 1.358-U) e aos artigos 176 e 178 da Lei nº 6.015/73, chamada Lei de Registros Públicos.

Apesar de positivado no Direito Brasileiro muito recentemente, o fenômeno da multipropriedade já era observado há anos na prática informal, uma vez que é comum no ramo imobiliário, fruto da evolução social e do costume de considerável parcela da população, principalmente daquela que habita centros urbanos não situados no litoral ou no campo, o que implica a necessidade de deslocamentos momentâneos para o gozo de lazer nesses tipos de ambiente, fato que resulta em imóveis cuja propriedade é dividida entre duas ou mais pessoas, em fatia temporais, visando à divisão de despesas, facilidade de custeio do imóvel, etc. Tanto é um fato observado há anos que o doutrinador Gustavo Tepedino, já em 1993, publicou uma obra sobre o tema e definiu o fenômeno aqui estudado como:

> Relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua. (TEPEDINO, 1993).

ISSNe 2595-1602

Destarte, tem-se, mais uma vez, um fato cotidiano bastante comum em nossa sociedade atuando como demanda de legalização e positivação e sendo o ponto de partida para a criação de novas leis e alterações na legislação já existente.

Diante do exposto, é possível definirmos metaforicamente a multipropriedade imobiliária como a titularidade dominical sendo fracionada em determinados períodos de tempo, a serem contados a partir de frações semanais. Desse modo, os multiproprietários terão sua casa de praia ou de campo por determinados períodos ao longo do ano. A novíssima lei brasileira define-a como:

> Art 1.358-C. O regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada. (Código Civil Brasileiro, 2019)

Além da definição, a Lei nº 13.777 acrescentou ao Código Civil todas as informações necessárias à prática legal e benéfica do *Time Sharing* no Brasil, além de facilitar o registo das propriedades com multiproprietários e as transações envolvendo as mesmas, o que será comentado de maneira mais expositiva ao longo deste artigo expandido.

O presente trabalho possui, portanto, o objetivo de apresentar os benefícios trazidos pela positivação do direito de multipropriedade, tanto na seara jurídica quanto na seara imobiliária, partindo da ideia de que é um instituto que veio para facilitar juridicamente práticas já existentes há anos, garantindo mais proteção aos indivíduos existentes no contrato, o direito real sobre coisa própria, além de facilitar a atuação do mercado imobiliário, e, consequentemente, tornando os lucros mais alcançáveis e fáceis.

O INSTITUTO DA MULTIPROPRIEDADE NO MUNDO

O instituto jurídico em análise é uma nova forma de utilização de bens. Nascida na França em 1967, e difundida amplamente na Europa e nos Estados Unidos, a multipropriedade imobiliária, também chamada de *Time Sharing* ("tempo compartilhado", em tradução livre), é o compartilhamento, entre duas ou mais pessoas, de um mesmo bem em períodos de tempo determinados durante o ano. Esse regime jurídico é disciplinado de diferentes maneiras no mundo e recebe diferentes denominações. Nos países europeus e nos Estados Unidos, esse instituto foi tão bem recepcionado que se expandiu para o mercado de bens móveis, notando-se a prática do *time sharing* em relação a aviões, helicópteros e barcos, por exemplo.

No Brasil, por sua vez, no que tange à multipropriedade, existe um tratamento diferenciado entre bens imóveis e bens móveis. A multipropriedade sobre bens imóveis assumiu a forma de condomínio, isto é, um direito real disciplinado nos arts. 1.358-B ao 1.358-U do Código Civil e da Lei de Registros Públicos. Já a multipropriedade sobre bens móveis continua sem previsão legal, ainda sendo operacionalizada por meio de contratos atípicos, visto que o legislador não tratou da sua regulamentação.

ISSNe 2595-1602

A MULTIPROPRIEDADE E AS CONTROVÉRSIAS ANTES DA NOVA LEI

A lei sancionada em dezembro de 2018 legitimou a discursão que havia no direito civil brasileiro acerca da natureza jurídica da multipropriedade imobiliária. Dentre as diversas opiniões doutrinárias acerca dessa natureza, destaca-se a do professor Gustavo Tepedino, um dos maiores civilistas brasileiro, que já defendia a multipropriedade como um direito real de propriedade e, por isso, poderia ser instituída com base na Lei nº 4.591/64 (TEPEDINO, 2019).

As controvérsias sobre a verdadeira natureza desse instituto implicavam em grandes dificuldades para realização dos registros e averbações pertinentes em cartórios do Registro de Imóveis. Com isso, empreendimentos baseados na multipropriedade imobiliária deixavam de ser realizados no Brasil ou eram realizados com base em mecanismos de natureza contratual que não garantiam a necessária segurança aos interessados.

O STJ, analisando caso em que não havia registro no Cartório de Imóveis, chegou a sinalizar que envolveria direito real mesmo sem previsão legal expressa, como se fosse admitido criar direitos reais por mera vontade das partes em

desatenção ao princípio da taxatividade dos direitos reais (STJ, Resp 1546165/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 06/09/2016). Porém, o objetivo do STJ era simplesmente proteger contratos de multipropriedade perante credores do empreendedor, o que deveria ter sido feito por meio da doutrina do terceiro cúmplice, à semelhança do caso da Súmula nº 84/STJ. Se o STJ tivesse analisado um conflito entre dois indivíduos que, de boa-fé, tivessem firmado contrato de *time sharing* sobre o mesmo período do ano sem registro no Cartório de Imóveis, dificilmente ele teria invocado uma suposta natureza de direito real. (OLIVEIRA, 2019)

Dessa forma, antes da Lei nº 13.777/18, a multipropriedade era operacionalizada no Brasil através de contratos atípicos que envolviam uma espécie de locação durante um período de tempo do ano.

A MULTIPROPRIEDADE COMO PARCELAMENTO TEMPORAL DO IMÓVEL

Sabendo que o solo é um recurso finito e cada vez mais escasso, devido ao grande crescimento populacional, o Direito, como instrumento regulador da vida social, precisa de valer de alguns recursos para maximizar o aproveitamento do solo e, consequentemente, o aproveitamento dos bens imóveis disponíveis. Esse aproveitamento consiste que o maior número de pessoas usufrua dos benefícios de um imóvel, usando-o para desempenhar sua função social.

Seguindo esse raciocínio, não é difícil perceber que o instituto da multipropriedade constitui um desses recursos para a melhor exploração dos imóveis. Temos, há tempos, o desmembramento do solo em lotes de terra, isto é, uma divisão real, horizontal, da terra, para que ela possa ser utilizada por seus proprietários em segurança. Pensando em potencializar mais ainda o aproveitamento do solo, o legislador brasileiro reconheceu, recentemente, o direito real de laje – regulado por meio da lei nº 13.465/2017 – que se trata, em síntese, de um fatiamento vertical do solo, criando unidades autônomas aéreas ou subterrâneas alinhadas verticalmente em uma porção de terra.

Agora, com a lei nº 13.777/18, o legislador elucidou uma nova forma de dividir o solo, mais precisamente, de dividir um bem imóvel. Segundo o professor Carlos Eduardo Elias de Oliveira, essa nova forma de parcelamento, agora presente no instituto da multipropriedade imobiliária consiste “em um parcelamento temporal do imóvel”.

> Portanto, a multipropriedade pode ser definida como um parcelamento temporal do bem em unidades autônomas periódicas. É pulverizar um bem físico no tempo por meio de uma ficção jurídica. Enxergar a multipropriedade como um condomínio fruto de um parcelamento temporal – e ficto! – do bem, elucida bem o instituto. (OLIVEIRA, 2019)

A LEI Nº 13.777: SEUS EFEITOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Resultado do projeto do senador Wilder Morais, a nova lei de 19 de dezembro de 2018, estabelece a multipropriedade como uma nova forma de condomínio.

ISSNe 2595-1602

Nesta, o multiproprietário é o titular da unidade periódica que, por sua vez, "é a coisa física considerada apenas em uma fração de tempo do ano" [3].

Como já foi dito anteriormente, a lei em questão trata apenas do condomínio multiproprietário em imóveis, não regulando esse direito sobre bens móveis, como se deu no ordenamento jurídico americano, por exemplo. Desse modo, quando se trata de multipropriedade sobre bens móveis ainda são feitos contratos atípicos para operacionalizar esse tipo de relação jurídica.

A lei analisada pode ser plicada subsidiariamente à legislação que trata de condomínio edilício e, nas situações em que houver relação de consumo envolvendo os multiproprietários, o administrador do condomínio multiproprietário, a empresa operadora do regime de pool ou a empresa operadora do regime de intercâmbio, aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao seu objeto, qualquer imóvel pode ser parcelado sob o regime da multipropriedade, sendo ele rural ou urbano, visto que o legislador não fez qualquer restrição nesse aspecto.

A multipropriedade popularizou-se no mundo inteiro, especialmente em relação aos bens de lazer (como casas de praia, barcos, lanchas etc), porque é uma ferramenta para que várias pessoas utilizem a mesma coisa, cada uma em um determinado período. Casas que ficavam desabitadas durante maior parte do ano, barcos e outros bens que ficam sem utilidade, agora podem ser explorados de modo mais proveitoso.

Sem o advento da multipropriedade, além do subaproveitamento da coisa – o que vai contra a função social e ambiental da propriedade –, o proprietário sofre prejuízos com gastos de manutenção do bem. Através da prática da multipropriedade, as despesas com a manutenção serão dividas pelos multiproprietários, e o tempo de ociosidade da coisa será substancialmente reduzido.

Além dos benefícios para os proprietários de bens de lazer, esse regime pode facilitar, por exemplo, o uso de uma propriedade como para moradia (especialmente para casos de empresários itinerantes) ou para o comércio (para casos de comércios temporários). Outro exemplo da utilização da multipropriedade com outros contratos é a o sistema de *pool*.

O multiproprietário pode conseguir bons rendimentos financeiros. Ele entrega os direitos de fruição de sua unidade periódica ao operador hoteleiro que, em troca, repassa-lhe uma remuneração obtida como fruto das hospedagens.

Através da multipropriedade imobiliária, também se abriu o mercado a novas camadas sociais, que de outra forma não teriam acesso a uma casa de praia ou de campo, por exemplo, visto que o imóvel seria de alto preço para ser utilizado apenas

[3] OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Considerações sobre a recente Lei da Multipropriedade ou da *Time Sharing* (Lei nº 13.777/2018): principais aspectos de Direito Civil, de Processo Civil e de Registros Públicos.** Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661740743/consideracoes-sobre-a-recente-lei-da-multipropriedade. Acesso em 22 de maio de 2019.

ISSNe 2595-1602

no período de férias anuais. Agora, além do preço mais modesto, as despesas e os incômodos com a manutenção e a segurança do imóvel são reduzidos.

Dessa forma, aumenta-se a margem de lucro para os empresários do setor imobiliário e turístico, dada a grande quantidade de unidades que, com a divisão temporal, são postas à venda. Com preços diferenciados ao longo do ano, a depender da valorização do mês escolhido (verão ou inverno; épocas de férias escolares ou período letivo), adaptam-se os adquirentes, segundo seu estilo de vida e respectivo poder aquisitivo, ao planejamento estratégico do instituidor e ao calendário turístico da região.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as análises acima realizadas – as quais, como visto, não tiveram como objetivo esgotar todo o leque de aspectos que a Lei nº 13.777 abrange, é possível concluir que o instituto jurídico da Multipropriedade Imobiliária, apesar de já anteriormente presente, de certa forma, no cotidiano de muitos brasileiros, trouxe uma série de benefícios e garantias àqueles que dele necessitarem, além de ratificar princípios importantíssimos, como o princípio da função social.

Dentre tais benefícios, encontram-se aqueles que dizem respeito à maior facilidade no momento de constituição de contratos a respeito do tema, haja vista que agora o mesmo é detalhadamente tratado pelo Código Civil, trazendo as noções, as formas de instituição, os requisitos básicos e as vedações referentes ao tema, como é o caso dos artigos 1.358-F e 1.358-G:

> Art. 1.358-F. Institui-se a multipropriedade por ato entre vivos ou testamento, registrado no competente cartório de registro de imóveis, devendo constar daquele ato a duração dos períodos correspondentes a cada fração de tempo.
>
> Art. 1.358-G. Além das cláusulas que os multiproprietários decidirem estipular, a convenção de condomínio em multipropriedade determinará:
>
> I - os poderes e deveres dos multiproprietários, especialmente em matéria de instalações, equipamentos e mobiliário do imóvel, de manutenção ordinária e extraordinária, de conservação e limpeza e de pagamento da contribuição condominial;
>
> II - o número máximo de pessoas que podem ocupar simultaneamente o imóvel no período correspondente a cada fração de tempo;
>
> III - as regras de acesso do administrador condominial ao imóvel para cumprimento do dever de manutenção, conservação e limpeza;
>
> IV - a criação de fundo de reserva para reposição e manutenção dos equipamentos, instalações e mobiliário;
>
> V - o regime aplicável em caso de perda ou destruição parcial ou total do imóvel, inclusive para efeitos de participação no risco ou no valor do seguro, da indenização ou da parte restante;
>
> VI - as multas aplicáveis ao multiproprietário nas hipóteses de descumprimento de deveres. (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, 2019).

ISSNe 2595-1602

Há benefícios, também, quanto à segurança jurídica, pois agora tudo se encontra legitimado, bem como todas as garantias que são consequências dessa legitimidade adquirida, possibilitando aos multiproprietários de um imóvel uma maior animosidade no momento de firmar contratos nos quais haverá outros indivíduos com tantos direitos quanto aqueles, em frações semanais de tempo a serem definidas proporcionalmente ou não. Assim, não é necessário que os multiproprietários sejam conhecidos entre si, ou que um seja da confiança do outro, pois, agora, a própria lei passa a confiança e a segurança necessárias aos mesmos.

E há, ainda, benefícios diversos ao mercado imobiliário do Brasil, que atualmente se vê diante de novas oportunidades e portas abertas, pois a própria codificação agora prevê a possibilidade de imóveis com multiproprietários, de edifícios que constituam condomínio em multipropriedade, em parte ou na sua totalidade, com a presença de contribuição condominial, fato que possibilita a existência de mais tipos de negócios a serem fechados no mercado imobiliário.

Conclui-se, destarte, que o instituto da Multipropriedade imobiliária é sinônimo de evolução do ordenamento jurídico brasileiro, que tende a acompanhar as dinâmicas de sua própria sociedade e do mundo. Como todo novo tema inserido em nossa legislação, espera-se que os resultados apurados sejam bons e benéficos a todos aqueles a quem diz respeito. Por ser resultado de um fenômeno já observado, mesmo que em forma de rascunho, em nossa realidade, é fácil perceber que os resultados positivos já são possíveis de serem observados, como exposto neste breve artigo acerca de um tema com tantas vertentes e possibilidades a ele intrínsecos.

ISSNe 2595-1602

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A multipropriedade e a retomada do mercado imobiliário. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/669186421/a-multipropriedade-e-a-retomada-do-mercado-imobiliario. Acesso em 22 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 6.015/73. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 21 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 22 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.777/18. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm. Acesso em 21 de maio de 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Considerações sobre a recente Lei da Multipropriedade ou da *Time Sharing* (Lei nº 13.777/2018): principais aspectos de Direito Civil, de Processo Civil e de Registros Públicos.** Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661740743/consideracoes-sobre-a-recente-lei-da-multipropriedade. Acesso em 22 de maio de 2019.

STJ, Resp 1546165/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 06/09/2016. Disponível em: https://www.portaljustica.com.br/acordao/1910864. Acesso em 22 de maio de 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. Editora Saraiva, 1993.

ISSNe 2595-1602

NARCISO REVERSO - O MUNDO DO ESPELHO DE NARCISO COMO UM ENIGMA PARA A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA COM ÊNFASE NO DIREITO CIVIL

Daniela Guimarães[1]

RESUMO

O objetivo deste artigo é tratar do paradoxo instalado na contemporaneidade, de um lado, as evoluções corpóreas; do outro, a insatisfação com o corpo conquistado. Como proposta metodológica optou-se pela pesquisa bibliográfica e de campo para uma abordagem qualitativa e quantitativa. Os resultado da pesquisa nortearam o embasamento do artigo, analisando o comportamento sociológico em relação à ditadura da beleza que tem por reflexo uma sociedade narcisista. Diante de tal situação, alguns países decidiram criar leis para que houvesse um maior cuidado ao propagar fotos retocadas por programas, evitando a maior propagação dos problemas ocasionados pela temática.

PALAVRAS-CHAVE: Narcisismo; Mídia; Ditadura da beleza; Direito civil.

ISSNe 2595-1602

[1] Acadêmica de direito na faculdade Facape, Petrolina-PE, Brasil. daniguimarae@outlook.com

1.INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo procurar especular sobre o narcisismo instalado na sociedade contemporânea, buscando analisar esse conceito contextualizando-o com ênfase na cibercultura e seus padrões estéticos midiáticos, impostos sob a forma de narciso pós-moderno para isso, faz-se necessário conhecer sobre o mito grego a qual nomeia tal situação. Na mitologia grega, Narciso, ao ver seu reflexo no lago, apaixonou-se e morreu afogado em busca da própria imagem. Respaldadas nessa história, muitas pessoas a aludem ao fazer referência ao egocentrismo e vaidade humanos, sobretudo, na atualidade. Pós-revolução industrial a força da tecnologia, da comunicação e do compartilhamento instantâneo, a auto exposição corpórea parecem ser um padrão comportamental.

Essas imposições de padrões midiáticos na contemporaneidade, em que as pessoas buscam atingir os modelos estéticos impostos como símbolos, cada vez mais exigentes e mutáveis. Isso encontra força na falta de auto-estima das pessoas (ao perceberem que não se “encaixam” no padrão) trazendo problemas sérios, não só psíquicos mas físicos também, como é o caso da bulimia, anorexia e distúrbio alimentares.

Ademais, a força de tal imposição tem levado milhões de pessoas a optarem por mudanças no visual, levando não apenas as mulheres, mas também muitos homens a recorrerem a cirurgias plásticas, bem como a exaustivos exercícios diários que excedem a preocupação com a saúde. É cediço que querer mudar ou melhorar algo no próprio corpo é inerente ao ser humano, até soa com normalidade dentro de um certo limite, entretanto, quando a saúde mental ou corporal está em risco é algo a ser repensado.

O mundo de espelho de Narciso parece ser um desafio, um enigma ou algo similar ao *homo sapiens* (UNB; O mundo de espelho de Narciso é um desfaio ao *homo sapiens*?, 2011, pág. 1), um ser que outrora morreu afogado por encantar-se com o reflexo de si, hoje, parece não contemplar a própria imagem. Por tal situação tomar dimensão maior do que era possível prever, alguns países como França, Israel e Inglaterra criaram leis que proíbem a divulgação de fotos retocadas por *photshop* sem avisar expressamente, sob pena de multa (MARTINS DA SILVA, Philipe Giovani Rocha; A Polêmica "Lei do Photoshop", 2011, pág.3).

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A priori, vale ressaltar que o título o artigo foi criado com base em uma redação de vestibular da faculdade UNB – Brasil, tema de 2011, em que, após vários estudos relacionados a temática juntamente com o curso de direito foi possível abordar diversos aspectos.

Para dar início ao tema proposto, é necessário conhecimento prévio sobre a ditadura da beleza que está diretamente ligada à temática em pauta, sendo assim, é de suma importância conhecer o significado gramatical da palavra, a fim de avaliar o sentido

ISSNe 2595-1602

literal. Para tal finalidade, será necessário utilizar o auxílio do dicionário Aurélio. A princípio, o conceito de “ditadura” e a posteriori, o conceito de “beleza”. Um dos conceitos encontrados, que é um dos mais aderidos e conhecidos socialmente sobre ditadura é “regime governamental onde todos os poderes do Estado estão concentrados em um indivíduo, um grupo ou um partido. O ditador não admite oposição a seus atos e ideias, e tem grande parte do poder de decisão” (AURÉLIO; Significado da palavra “ditadura, 2019, pág.3) e um dos conceitos sobre beleza é “qualidade, propriedade, caráter ou virtude do que é belo; manifestação característica do belo”.

Respaldando-se nos significados encontrados, infere-se que, o tema a ser tratado é sobre “padrões impostos”, ou seja, sobre uma pequena parcela que dita o que é bonito ou não em uma pessoa, controlando toda a cultura em da sociedade, ditando o que vestir, o que calçar e o mais trágico de todos: como você deve ser fisicamente para ser aceito perante a sociedade.

Há uma vertente midiática que – constantemente – está impondo padrões corpóreos, seja em relação à altura, ao peso, a cor de pele, ao tamanho do cabelo e os mais variados tipos de traços físicos. Tal mazela, infelizmente, está atrelada a imposição contante de padrões que fogem da realidade dos cidadãos, respingando diretamente em uma grande massa que se esforça constantemente para ser e aparentar ser o que não é. Devido a isso, muitas pessoas, incluindo adolescentes e jovens, estão adquirindo distúrbio alimentares, bulimia e anorexia (SÁ COPETTI, Aline Vieira e VILLANOVA QUIROGA, Carolina; A influência da mídia nos transtornos alimentares e na autoimagem em adolescentes; Rev. Psicol. IMED, vol.10, no.2, 2018, pág. 3). Para dar continuidade ao assunto por este artigo abordado, faz-se necessário respaldar-se no poema (SHOAIB, Abdullah; Poema “sou muito feio”; 2018, pág. 1) conforme se observa a seguir:

Sou muito feio

Sendo assim, não tente me convencer de que
Sou uma pessoa linda
Porque no final do dia
Me odeio de todas as formas
E não vou mentir para mim mesmo ao dizer que
Existe beleza dentro de mim que importa
Sendo assim, tenho certeza que me lembrarei de que
Sou uma pessoa inútil e terrível
E nada do que você me diga me fara acreditar que
Ainda mereço amor
Porque não importa o que aconteça,
Não sou suficientemente bom para ser amado
E não estou em posição de acreditar que
Existe beleza dentro de mim

ISSNe 2595-1602

Por que toda vez que me olho, penso:

Sou tão feio como as pessoas dizem que sou?

(AGORA LEIA DE BAIXO PARA CIMA)

Poema por: **Abdullah Shoaib**

2.1 O mito

Partindo da premissa sobre o narcisismo na sociedade é necessário ter conhecimento prévio sobre o assunto, como a história mitológica: dias antes do nascimento de Narciso, seu pai o deus do rio Cefiso e sua mãe, a ninfa Liriope resolveram consultar o oráculo Tirésias para saber qual seria o futuro da criança. O oráculo revelou que a mesma teria uma longa vida, desde que nunca visse seu próprio rosto. A criança cresceu, tornou-se um moço bonito de Beócia, que conseguia despertar o amor tanto em homens quanto em mulheres, mas seu orgulho e sua arrogância era proporcional a sua beleza. Até as ninfas se apaixonaram por ele, incluindo uma chamada Eco que o amava imensamente, mas o rapaz a menosprezava.

As moças – tristes com o desprezo – pediram aos deuses para ajudá-las a dar uma lição no rapaz arrogante, a deusa Némesis (uma espécie de Afrodite) o condenou a apaixonar-se pelo seu próprio reflexo na lagoa de Eco. Um dia, fascinado pela sua própria imagem, Narciso tentou tocar no que ali refletia, porém, seu ato inalcançável ocasionou na sua morte. Depois disso, Afrodite o transformou em uma flor (FÉLIX, Rogério; Reino das fábulas, a história de Narciso, 2011, pág. 1).

A alusão ao mito demonstra uma reflexão sobre a paixão exacerbada pela imagem, confirmando as ideias da diversidade cultural que transcendem os padrões sociais, sendo impossível alcançar um único tipo de padrão corpóreo imposto pela ditadura da beleza, modelo qual parece estar sempre mudando, tendo em vista que se este perdurar as indústrias de cosméticos, indústrias farmacêuticas, academias, clinicas de estéticas, lojas de suplementos, cirurgiões plásticos – entre tantos outros – arrisca-se dizer, de forma estimativa, teriam uma queda brusca na fatura arrecada mensalmente.

2.2 Alusão ao mito na contemporaneidade

Se um ser outrora morreu por amor à própria imagem, quais motivos levam a contemporaneidade a não contentar-se com o próprio reflexo? Horas e horas de exercícios físicos exaustivos, juntamente com suplementos mirabolantes e milagrosos, seções de estéticas que prometem uma boa aparência tornaram-se quase epidemia na sociedade pós-moderna (UNB; O mundo de espelho de Narciso é um desfaio ao *homo sapiens*?, 2011, pág. 3). Há um paradoxo que envolve padrões e exigentes mudanças em ritmo frenético, na atualidade. Na definição do narcisismo pós-moderno, portanto, a crise de identidade do “ser” e do “estar”, como bem conceitua Jameson (2006):

ISSNe 2595-1602

> Se a mudança absoluta na sociedade é muito bem representada pela rápida transformação das vitrines, é crucial distinguir entre os ritmos de mudança inerente ao sistema e por ele programados e uma mudança inerentes ao sistema e por ele programados e uma mudança como se a lógica da moda, acompanhando a penetração multifacetada de sua imagens onipresentes, tivesse começado a se ligar e a se identificar com a malha social e psiquica que tende a dissolvê-la na própria lógica de nosso sistema como um todo. (JAMESON, Scielo, 2006, p. 102-103)

Ao destrinchar mas não exaurir o mito, surge uma problemática: quais consequências o tema revela na contemporaneidade?

2.3 Problemas relacionados à temática

É certo que os padrões de beleza direcionados as mulheres tendem a ser mais rígidos e inflexíveis, já que há constante e maior exibição da figura feminina na mídia, gerando um intenso desejo de atingir esse "protótipo ideal" da mulher. E, embora a sociedade esteja cada vez mais consciente da necessidade de uma maior dedicação à saúde, o crescente investimento da publicidade midiática pela indústria da beleza tem deturpado essa ideia, fomentando a ideologia que confunde o bem-estar com o narcisismo. Isso tem levado, por exemplo, o Brasil a tornar-se o terceiro mercado global em beleza, destinando 2% de seu orçamento a esse departamento em 2014, segundo a Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal Perfumaria e Cosméticos (Abihpec). Não por acaso, mesmo com a crise no setor financeiro o mercado continua sendo um dos mais requisitados.

Há, contudo, um perfil da atuação midiática voltada à prática exagerada de exercício físico por parte dos homens, que protagoniza, também, uso exagerado de suplementos, almejando conseguir um corpo perfeito. Isso está muitas vezes, ligado a um transtorno psicológico chamado "vigorexia", a busca incansável, principalmente por homens, em conseguir um corpo malhado, e que acreditam, mesmo possuindo músculos grandes e fortes, dispor de uma musculatura frágil e pequena. Os que não atendem ao apelo do exercício físico, acabam escolhendo o caminho mais curto ao padrão estético que a mídia abençoa. Por isso, não por acaso, o Brasil contextualizou mais de 2 milhões de cirurgias plásticas no ano de 2014, segundo pesquisa feita pelo Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS).

Essa força midiática está, segundo Calligaris (1994), tomando o lugar da subjetividade humana na concepção que tem de si mesmo.

> Vivemos em um mundo onde talvez a subjetividade só encontre consistência pelas imagens que o repertório midiático nos propõe como amáveis. A cada esquina nos deparamos com espelho invertidos que não nos refletem: são imagens pintadas que nos delegam paradoxalmente a tarefa de refleti-las. (CALLIGARIS, 1994, p. 14)

ISSNe 2595-1602

A anorexia, distúrbio caracterizado pela distorção da imagem corporal que aflige principalmente as mulheres na adolescência, é outra consequência grave do narcisismo pós-moderno, que tem, nesse contexto midiático, o cerne da existência de milhões de homens e mulheres. É notório que as pessoas relacionadas ao mundo artístico, como modelos, atores e atrizes, que utilizam de sua imagem para trabalhar, são mais propensas a desenvolver a doença pois estão expostos a criticas e elogios o tempo todo, elevando a pressão sobre eles. Segunda dados do Ministério da Saúde, o índice de mortalidade pela anorexia atinge entre 15% a 20% dos casos. A pessoa afetada apresenta dificuldade em aceitar seu corpo da forma como é, mesmo magro, vê-se acima do peso, desenvolvendo inapetência alimentar e abusando da prática de exercícios físicos.

A anorexia pode ser uma das causas do desenvolvimento da bulimia. Esta consiste e uma compulsão alimentar seguida pela indução de vômitos, ou, uso de laxantes e diuréticos, exagero de exercícios físicos ou jejuns prolongado, por estarem sempre preocupados com o peso. Assim como na anorexia, a pressão social, a busca pela perfeição são os motivos fundamentais que levam à bulimia. Percebe-se, então, que para a sociedade

moderna a reputação do indivíduo está na aparência, seus princípios e ideais não possuem capacidade de medir sua importância.

Também há a consequência do narcisismo incidindo-se sobre os relacionamentos interpessoais, visto que o indivíduo perde a noção de outro, por ter, em si mesmo, o centro do começo e do fim de todas as coisas, como afirma Adriano Machado Oliveira:

> "Basear a identidade no narcisismo significa dizer que o sujeito é o ponto de partida e de chegada do cuidado em si. Ou seja, o "que se é" e o "que se pretender ser" devem caber no espaço da preocupação consigo. Família, pátria, Deus, sociedade, futuras gerações só interessam ao narcisista como instrumento de auto realização, em geral estendida como sucesso econômico, prestígio social ou bem-estar físico e emocional."

ISSNe 2595-1602

Outro ponto, bastante pertinente a ser colocado é a força que isso tem sobre os jovens, já que eles são o futuro do mundo.

2.4 A força do narcisismo sobre os jovens

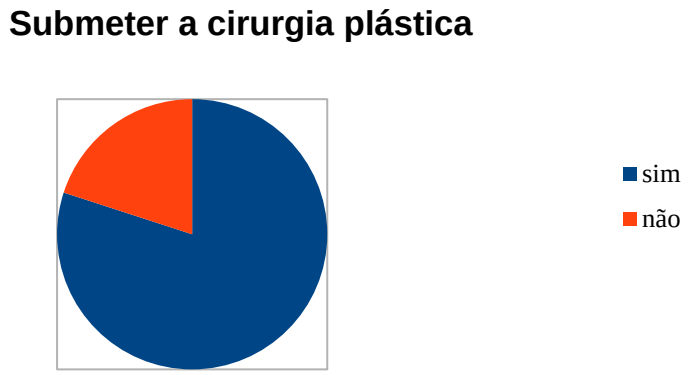
Para fins de análise desta pesquisa, realizou-se um questionário de caráter quantitativo, com dez jovens do sexo masculino de 18 a 27 anos e dez jovens do sexo feminino, de 18 a 23 anos, no Vale do São Francisco, Brasil. O intuito foi comparar a força do narcisismo contemporâneo na vida dos dois grupos, adensando-se na forma de cirurgias plásticas. Todas as jovens entrevistadas afirmaram que "sim", estão dispostas a submeterem-se a cirurgia plástica para mudar algo com que estão insatisfeitas, conforme a imagem 1.

Imagem I: índice de respostas femininas à pergunta "Faria uma cirurgia plástica?"

Fonte: autoria própria, realizada para esta pesquisa

Entre os rapazes entrevistados, os dados mostram menos propensão à realização de cirurgia plástica. Embora os índices denotem a força midiática e narcisista sobre a visão de si mesmo, influenciando na insatisfação com o próprio corpo, 20% dos jovens afirmaram não estarem dispostos a submeterem-se à prática cirúrgica, enquanto 80% mostram-se dispostos a fazê-lo (imagem 2).

Imagem II: índice de respostas à pergunta "Faria uma cirurgia plástica?"



Fonte: autoria própria, realizada para esta pesquisa.

A análise social a respeito do narcisismo indica que esse estado de insatisfação dominante entre os jovens é reflexo da necessidade de aceitação perante a sociedade, inclusive, no mercado de trabalho. De acordo com Bauman (2000), a juventude chamada "Geração Y" pautam sua identidade no que chama de "modernidade líquida", cujos valores cada vez mais disseminados pela mídia tecnológica, criam e recriam, de maneira veloz, a face frágil dos relacionamentos interpessoais. Para ele, o sentimento de consumismo adentrou o espaço das relações humanas e interpelam o estado de "ser", criando a enfermidade também da insatisfação do indivíduo consigo mesmo.

ISSNe 2595-1602

Sua dependência não se limita ao ato da compra. Lembre-se, por exemplo, o formidável poder que os meios de comunicação de massa exercem sobre a imaginação popular, coletiva e individual. Imagens poderosas, “mais reais que a realidade”, em tela ubíquas estabelecem os padrões da realidade e de sua avaliação, e também a necessidade de tornar mais palatável a realidade “vivida”. A vida desejada tende a ser a vida “vista na TV”. (BAUMAN, 2000, P.99)

2.6 A ênfase do direito civil na problemática

Em uma campanha realizada pela empresa de cosméticos de nome “Dove”, realizou-se algo diferente. Um especialista em retrato falado que trabalhou cerca de 30 anos no FBI, desenhou sete mulheres sem vê-las, apenas com as descrições delas sobre elas mesmas. Depois ele as desenha novamente, com base no relato de estranho que passou em torno de 15 min com elas. Ao final, há uma comparação entre ambos retratos sobre a mesma pessoa sob óptica diferente e a diferença é gritante. Em “retratos da real beleza”, os estranhos descrevem as mulheres como elas são, enquanto elas realçam e fixam apenas os defeitos sobre elas mesmas.

No Brasil, há um projeto de lei popularmente conhecida como “lei do photoshop”, tem por número 6853/10, que é ideia do deputado Wladimir Costa (PMDB-PA), em análise na Câmara dos Deputados e poderá fazer com que toda imagem publicitária manipulada com **Photoshop** traga um aviso de advertência. Assim como já existe em alguns países outrora citados, como Inglaterra, Israel e França.

A ementa da lei traz diz que:

> Obriga que imagens utilizadas em peças publicitárias ou publicadas em veículos de comunicação, que tenham sido modificadas com o intuito de alterar características físicas de pessoas retratadas, tragam mensagem de alerta acerca da modificação.

No site oficial da câmara do deputados, diz que os anúncios deverão vir acompanhados da seguinte mensagem escrita: "Atenção: imagem retocada para alterar a aparência física da pessoa retratada." O responsável pelo anúncio ou pelo veículo de comunicação que descumprir a medida poderá ser punido com advertência, obrigatoriedade de esclarecimento e multa de R$ 1,5 mil a R$ 50 mil, cobrada em dobro na reincidência. Caberá ao Poder Executivo definir os órgãos que aplicarão as sanções.

O deputado conclui alertando ainda para o fato de que a busca do público por esse ideal de beleza, em que todos são magros, pode causar transtornos alimentares, como anorexia e bulimia, principalmente entre os mais jovens (LEI DO PHOTOSHOP; Site oficial da câmara dos deputados, 2010, pág. 3).

A atual situação da lei no Brasil está sujeita à apreciação conclusiva pelas comissões.

ISSNe 2595-1602

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, por meio de reflexões e análises, compreender a força do narcisismo nesta sociedade de profunda imposição midiática. Viu que trata-se de uma questão abrangente, que atua sobre aspectos físicos, sociais e tecnológicos ligados à cultura contemporânea. O advento da cibercultura e o suposto sentimento de liberdade e democracia levam jovens e adultos à busca frenética pela imagem do mito, do ídolo, do herói pós-moderno, em forma de narcisismo refletido no corpo, na imagem pré-determinada pela mídia, como sendo perfeita. As análises mostram como o convívio com *outrens* pode ser ferido pela exacerbação da onipotência narcisista na vida das pessoas, ferindo o princípio inerente ao homem, que é ser social. O narcisismo, portanto, quando se sobrepõe a subjetividade capaz de ver o "outro" em mim e "eu" no outro, condiciona o ser humano à liquidez da existência, como sugere Bauman (2000) "Tudo é temporário, a modernidade (…) – tal como os líquidos – caracteriza-se pela incapacidade de manter a forma". A ênfase no direito civil se dá como uma forma a tentar minimizar os efeitos drásticos que têm sido causados.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO; Significado da palavra "ditadura, 2019. Disponível, em: https://www.dicio.com.br/ditadura/

AURÉLIO; Significado da palavra "ditadura, 2019. Disponível, em: https://www.dicio.com.br/beleza/

BAUMAN, Zygmunt; Modernidade líquida, 2000, pág.1. Disponível, em: https://osegredo.com.br/zygmunt-bauman-liquidez-das-relacoes-humanas/

FÉLIX, Rogério; Reino das fábulas, a história de Narciso, 2011, pág. 1. Disponível, em: https://reinodasfabulas.wordpress.com/2011/03/07/a-historia-de-narciso/

JAEMSON; Scielo, 2006, p. 102-103. Disponível, em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822014000100020

LEI DO PHOTOSHOP; Site oficial da câmara dos deputados, 2010, pág. 3. Disponível, em: https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/146095-AVISO-SOBRE-PHOTOSHOP-PODERA-SER-OBRIGATORIO-EM-PUBLICIDADE.html

MARTINS DA SILVA, Philipe Giovani Rocha; A Polêmica "Lei do Photoshop", 2011.Disponível, em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-polemica-lei-do-photoshop,32838.html

OLIVEIRA, Adriano Machado; Scielo, Psicol. Soc.vol.26, no.1,Belo Horizonte, 2014. Disponível, em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822014000100020

ISSNe 2595-1602

SÁ COPETTI, Aline Vieira e VILLANOVA QUIROGA, Carolina; A influência da mídia nos transtornos alimentares e na autoimagem em adolescentes; Rev. Psicol. IMED, vol.10, no.2, 2018, pág. 3. Disponível, em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-50272018000200011&lng=pt&nrm=iso

SHOAIB, Abdullah; Poema "sou muito feio"; 2018, pág. 1. Disponível, em: http://aluzdlua.blogspot.com/2018/06/lindo-poema.html

UNB; O mundo de espelho de Narciso é um desfaio ao *homo sapiens*?, 2011, pág. 1 e 3. Disponível, em: https://blogeducacao.com/2011/12/16/explicar-o-mundo-do-espelho-de-narciso-e-um-desafio-ao-homo-sapiens/

ISSNe 2595-1602