

DIGESTO

A REVISTA JURÍDICA DO ISM – INSTITUTO SILVIO MEIRA

“TEMAS DE DIREITO CIVIL”

3^a EDIÇÃO

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA
MARIANNA DE ALMEIDA CHAVES PEREIRA LIMA
(COORDENADORES)

DIGESTO

A REVISTA JURÍDICA DO ISM – INSTITUTO SILVIO MEIRA

“TEMAS DE DIREITO CIVIL”

3^a EDIÇÃO



EM HOMENAGEM POST MORTEM AO JURISTA ZENO VELOSO



Belo Horizonte
2022

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Cléve	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Edson Ricardo Saleme	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Eliane M. Octaviano Martins	Nelson Rosenvald
Emerson Garcia	Renato Caram
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Florisbal de Souza Del'Olmo	Rodolfo Viana Pereira
Frederico Barbosa Gomes	Rodrigo Almeida Magalhães
Gilberto Bercovici	Rogério Filippetto de Oliveira
Gregório Assagra de Almeida	Rubens Beçak
Gustavo Corgosinho	Sergio André Rocha
Gustavo Silveira Siqueira	Vladimir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire
Jean Carlos Fernandes	

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprodutivos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2022.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva

Revisão: Responsabilidade do Autor

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2022

INSTITUTO SILVIO MEIRA - ACADEMIA DE DIREITO
www.institutosilviomeira.net.br

DIRETORIA

André Augusto Malcher Meira
Presidente

Roberta Menezes Coelho de Souza
Vice-presidente

Bruno Menezes Coelho de Souza
Diretor Secretário

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Diretor Geral em Lisboa

Raimundo Chaves Neto
Diretor em Lisboa

Ana Patrícia Lima Freire
Diretora em Lisboa

MEMBROS

MEMBROS BENEMÉRITOS

1. ALUÍSIO AUGUSTO MARTINS MEIRA
2. ANTÔNIO MARIA FILGUEIRAS CAVALCANTE (IN MEMORIAM)
3. MARIA BETÂNIA FIDALGO ARROYO
4. MARIA HELENA DINIZ
5. MAURO IMBIRIBA CORRÊA
6. RITA DE CÁSSIA SANT ANNA CORTEZ

MEMBROS HONORÁRIOS

1. JÚLIO ANTÔNIO JORGE LOPES
2. VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS-KNOERR
3. MINISTRO JOSÉ BARROSO FILHO
4. INSTITUTO LUDOVICUS - CÂMARA CASCUDO

MEMBROS EFETIVOS

1. ADHERBAL MEIRA MATTOS
2. ADRIANA MALCHER MEIRA ROCHA
3. ANA MARIA BARATA
4. ÂNGELA SERRA SALLES
5. AVELINA HESKET
7. BRUNA KOURY
8. BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA
9. CESAR BECHARA NADER MATTAR JR
10. CLODOMIR ARAÚJO JR
11. CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO
12. ELDER LISBOA DA COSTA - (in memoriam)
13. ERNANE MALATO
14. EVA FRANCO
15. FABRÍCIO VASCONCELOS DE OLIVEIRA
16. FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA
17. GABRIELA HOLANDA CASTRO
18. HOMERO LAMARÃO NETO
19. JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR
20. JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
21. JUSSARA DERENJI
22. LUCIANA MARIA MALCHER MEIRA
23. LUIZ ALBERTO GURJÃO SAMPAIO DE CAVALCANTE ROCHA
24. MARCELO HOLANDA
25. MARINA ANDRADE DA GAMA MALCHER
26. MARINA PANTOJA BERNARDES
27. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
28. NEY MARANHÃO
29. PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL
30. PAULO DE TARSO DIAS KLAUTAU FILHO
31. RAPHAEL SAMPAIO VALE
32. RENAN VIEIRA DA GAMA MALCHER
33. ROBERTA MENEZES COELHO DE SOUZA
34. RUI FRAZÃO DE SOUSA
35. SERGIO ALBERTO FRAZÃO DO COUTO (in memoriam)
36. THADEU DE JESUS E SILVA
37. VICTOR AUGUSTO DE OLIVEIRA MEIRA
38. ZENO VELOSO (in memoriam)

SÓCIOS CORRESPONDENTES

1. ANA PATRÍCIA LIMA FEIRE - PERNAMBUCO E LISBOA
2. AURÉLIO WANDER BASTOS - RIO DE JANEIRO
3. AURINEY BRITO - AMAPÁ
4. AUSTRÉIA MAGALHÃES CÂNDIDO - SÃO PAULO
5. EDUARDO SERUR- PERNAMBUCO
6. ELIZA GONÇALVES DIAS - CEARÁ
7. MARIANNA CHAVES - PARAÍBA E COIMBRA
8. RAIMUNDO CHAVES NETO - CEARÁ E LISBOA
9. RICARDO BEZERRA - PARAÍBA
10. ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO - CEARÁ
11. RODOLFO PAMPLONA FILHO - BAHIA
12. RODRIGO LIMA VAZ SAMPAIO - SÃO PAULO
13. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - SÃO PAULO
14. CARMELA GRUNE - RIO GRANDE DO SUL
15. VIVIANE SÉLLOS KNOÉRR - PARANÁ
16. HÉLIO GUSTAVO ALVES - SANTA CATARINA
17. SOFIA MIRANDA RABELO - MINAS GERAIS
18. ANA PAULA BALBINO - MINAS GERAIS
19. CLÁUDIO HENRIQUE DE CASTRO - PARANÁ
20. ROBERTA AVELINE - ROMA / ITÁLIA

REALIZAÇÕES ISM

- I CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2013) - BELÉM
- II CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2014) - BELÉM
(em homenagem a Egydio Machado Salles)
- III CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (MAIO/2015) - LISBOA
- IV CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (SET/2015) - BELÉM (em homenagem a Zeno Veloso)
- V CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (ABRIL/2016) - LISBOA (em homenagem a Clóvis Malcher)
- XVIII CONGRESSO INTERNACIONAL E XXI CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITO ROMANO (AGOSTO/2016) - BELÉM (em homenagem a Clóvis Malcher)
- VI CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (MAIO/2017) - LISBOA (em homenagem a Daniel Coelho de Souza)

- XXIV FÓRUM DE CIÊNCIA PENAL (SETEMBRO/2017) - FORTALEZA
- VISITA OFICIAL NA OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (ABRIL/2015) - GENEbra/SUÍÇA
- I CONGRESSO LUSO-ÍTALO-BRASILEIRO DE DIREITO (23 e 24 de ABRIL de 2018) - VATICANO/ROMA/ITÁLIA (em homenagem a Arnaldo Meira)
- VII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (18 e 19 de OUTUBRO de 2018) - LISBOA/PORTUGAL (em homenagem a Adherbal Meira Mattos)
- II CONGRESSO ÍTALO-LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (25 e 26 de MARÇO de 2019) - ROMA/ITÁLIA (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- SIMPÓSIO DE DIREITO ROMANO (14 de MAIO de 2019) - RIO DE JANEIRO (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- COLUNBRADEC - CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA (14 de MAIO de 2019) - CURITIBA/PA (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira - em parceria com o UNICURITIBA)
- ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (27 de SETEMBRO de 2019) - LISBOA/PT (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- VIII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (09 e 10 de OUTUBRO de 2019) - BELÉM/PA (em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- SIMPÓSIO DE DIREITO AMAZÔNICO (08 de NOVEMBRO de 2019) - BELÉM/PA em homenagem ao centenário do nascimento do jurista Silvio Meira)
- 30 “LIVES” virtuais na época da pandemia Covid-19
- I CONGRESSO FRANCO-BRASILEIRO DE DIREITO (09 e 10 de MARÇO de 2022) - PARIS / FRANÇA (em homenagem aos 50 anos de formado do jurista FREDERICO COELHO DE SOUZA - “in memoriam”)

PRÓXIMAS REALIZAÇÕES

- III CONGRESSO ÍTALO-LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (10 e 11 de OUTUBRO de 2022) - ROMA/ITÁLIA (em homenagem aos 50 anos de formado do jurista FREDERICO COELHO DE SOUZA - “in memoriam”)
- IX CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO (13 e 14 de OUTUBRO de 2022) - LISBOA/PT (em homenagem aos 50 anos de formado do jurista FREDERICO COELHO DE SOUZA - “in memoriam”)

PRÊMIO SILVIO MEIRA - LISTA DE PREMIADOS

- ANA PATRÍCIA LIMA FREIRE
- CÉSAR BECHARA NADER MATTAR JR
- CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER (in memoriam)
- CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO
- DES. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
- DANIEL QUEIMA COELHO DE SOUZA (in memoriam)
- DÉBORA BEMERGUY ALVES
- FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA
- FREDERICO COELHO DE SOUZA (in memoriam)
- GUARANY JR
- JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR
- MAITÊ GADELHA (médica - edição especial)
- MARIA TERESA DA COSTA MACEDO
- DES. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
- PAULO ARTHUR CAVALCANTE KOURY
- RAIMUNDO CHAVES NETO
- ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO

PRÊMIO MYRTHES GOMES DE CAMPOS - LISTA DE PREMIADAS

- ROBERTA MENEZES COELHO DE SOUZA (2020)
- MARIA AVELINA IMBIRIBA HESKET (2021)
- ÂNGELA SERRA SALES (2022)

CÁTEDRAS DE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA DO ISM

- I. CÁTEDRA SILVIO MEIRA
- II. CÁTEDRA CLÓVIS MALCHER
- III. CÁTEDRA DANIEL COELHO DE SOUZA
- IV. CÁTEDRA ORLANDO BITAR
- V. CÁTEDRA AUGUSTO MEIRA
- VI. CÁTEDRA PAULO KLAUTAU
- VII. CÁTEDRA OTÁVIO MENDONÇA
- VIII. CÁTEDRA ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA
- IX. CÁTEDRA OCTÁVIO MEIRA
- X. CÁTEDRA EGYDIO SALLES

- XI. CÁTEDRA INGLEZ DE SOUZA
- XII. CÁTEDRA BENEDITO NUNES
- XIII. CÁTEDRA PEDRO TEIXEIRA (LUSO-BRASILEIRA)
- XIV. CÁTEDRA EGYDIO SALLES FILHO
- XV. CÁTEDRA ZENO VELOSO

HINO DO INSTITUTO SILVIO MEIRA

Letra e música: José Vicente Malheiros da Fonseca

*Nossa fonte do saber,
Entidade cultural
Para o estudo do Direito.*

*Salve nosso grande jurista!
Mestre do Direito Romano,
Que tanto orgulha o Pará
Tu és universal,
Sílvio Meira imortal,
E nas lições que deixaste,
Não há nada que afaste
Esse nosso ideal.*

*Sempre em prol da cultura
Base da educação
E na pesquisa, na cátedra,
Da ciência jurídica
Que inspira a canção.*

*Vamos cantar neste hino
Nosso Instituto querido,
Casa de Sílvio Meira,
Romanista, escritor,
Eternal professor.*

*Salve nosso grande jurista!
Mestre do Direito Romano,
Que tanto orgulha o Pará*

*Tu és universal,
Sílvio Meira imortal,
E nas lições que deixaste,
Não há nada que afaste
Esse nosso ideal.*

QUEM FOI SILVIO MEIRA?

Silvio Augusto de Bastos Meira, nome literário Silvio Meira, advogado, professor Catedrático e Emérito da UFPA, jurista, jurisconsulto, humanista, germanista, romancista, escritor. Homem de todas as letras. Filho do senador Augusto Meira com Anésia de Bastos Meira, nasceu em Belém do Pará no dia 14 de maio de 1919. Em 1924 iniciou os estudos primários no “Instituto Vieira”, concluindo em 1929. No ano seguinte, aos 11 anos, ingressou no Gynásio Paraense (Colégio Paes de Carvalho), onde organizou um jornal intitulado “Nihil”, com seis exemplares. Em 1935, aos 16 anos, termina o curso ginásial e realiza o curso pré-jurídico, quando inicia os estudos na língua alemã com a professora Otília Müller Schumann. Aos 18 anos escreve seu primeiro livro, “A conquista do Rio Amazonas”, onde conta a história do navegador Pedro Teixeira e, aos 19, escreve seu primeiro romance “Mato Grande”, inédito até hoje, quando, também, teve publicado no importante “Jornal do Commercio” um trabalho sobre Frederico Schiller, de sua autoria. Em 1937, ingressa na Faculdade de Direito do Pará. Em 1940, ainda acadêmico de direito, realiza concurso para o Ministério do Trabalho, conquistando o primeiro lugar entre 400 candidatos, assumindo como secretário do Tribunal Regional do Trabalho. Gradua-se em direito no ano de 1942, com o título de “laureado”, sendo o orador oficial da turma. Em 1943, desliga-se do Tribunal do Trabalho e é nomeado diretor da Junta Comercial do Estado do Pará. Inscrito na OAB-PA sob o nº 305, foi advogado militante por mais de 30 anos. Completou seus estudos humanísticos em bolsa de estudos na Alemanha, França e Itália, nos anos de 1957 a 1962. Em todas as missões ao exterior manteve contato pessoal com eminentes romanistas, tendo várias de suas obras traduzidas para vários idiomas.

Projetou-se no Pará como legislador (constituinte de 1946), presidente da Comissão que elaborou o projeto da Constituição Política do Estado em 1947 e membro da que elaborou a de 1967, presidente da Comissão de Constituição e Justiça, contribuiu para a redação do Código Civil de 2002, presidente do Instituto dos Advogados do Pará (IAP) e vice-presidente da OAB-PA na gestão de Daniel Coelho de Souza e Egydio Salles. Silvio Meira também foi deputado estadual (líder da maioria), consultor geral da Prefeitura de Belém, consultor geral do Estado, membro do Conselho Estadual (desde a sua fundação em 1969) e do Conselho Federal de Cultura (1971 a 1977), bem como 1º suplente de deputado federal e de senador da República.

Além dos inúmeros cargos que exerceu, era membro de várias entidades culturais, nacionais e estrangeiras, tais como a Academia Brasileira de Letras

Jurídicas (fundador, na cadeira nº 05), Academia Brasileira de História, Instituto dos Advogados Brasileiros (de onde foi Orador Oficial por muitos anos), Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (e de vários Estados, como o do Pará), Academias de Letras (Carioca, Pará, Acre, Paraíba, Alagoas e outras), Academia Brasileira de Literatura Infantil e Juvenil, Sociedade Brasileira de Romanistas, foi presidente da Associação Interamericana de Direito Romano, bem como membro honorário da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Com mais de cinquenta títulos e diplomas honoríficos, entre eles o diploma “Al Mérito” da Universidade Autônoma e da Universidade Veracruzana do México, “Palma de Ouro” da UFPA, “Ami de Paris”, do Conselho Municipal de Paris, “Medalha do Mérito” da Universidade Federal de Pernambuco, “Medalha Osvaldo Vergara” da OAB-RS, “Medalhas do Centenário de Rui Barbosa”, do Centenário de Plácido de Castro, Cidadão Carioca, pela Assembleia Legislativa do Estado da Guanabara, “Medalha José Veríssimo” da Academia Paraense de Letras, “Medalha Cultural Augusto Meira”, do Conselho Estadual de Cultura, Diploma de Cidadão Petropolitano e “Prêmio Clio” da Academia Paulista de História (1991), dentre tantos outros. Recebeu quatro prêmios da Academia Brasileira de Letras (Odorico Mendes, Aníbal Freire, Alfredo Jurzikowsky e a mais alta comenda cultural brasileira, a “Medalha Machado de Assis”, pelo conjunto da obra). Nas Letras Jurídicas, é o único paraense a receber as três maiores comendas do país: o “Prêmio Pontes de Miranda”, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1980), o “Prêmio Teixeira de Freitas”, do Instituto dos Advogados Brasileiros (1971, indicado por 36 juristas) e o “1º Prêmio Brasília de Letras Jurídicas”, do Clube dos Advogados do Distrito Federal (1977). Nos anos 70, cursou a Escola Superior de Guerra, sendo orador da turma.

Como professor, em 1947 foi contratado para lecionar Direito Civil e, em 1955, começou a lecionar Direito Romano, conquistando a Cátedra da disciplina em 1958 com a tese “A Lei das XII Tábuas – Fonte do Direito Público e Privado”. Em 1989, foi elevado a professor Emérito da UFPA. Silvio Meira, sobretudo, era um germanista. A convite do governo alemão estudou e visitou as universidades de Bonn, Hamburgo, Berlim, Munique, Bochum, Heidelberg, Constanz, Instituto Max Planck, entre outras. Traduziu, do original, a obra-prima “Fausto” de Goethe, em versos rimados (5 edições), merecendo por essa tradução os aplausos de eminentes homens de letras brasileiros. Traduziu, também, o drama “Guilherme Tell”, de Frederico Schiller (2 edições), sendo premiado pela Academia Brasileira de Letras. Sobre a cultura tedesca, ainda publicou a bela obra “Estudos Camonianos e Goethianos”. Pelas suas realizações no campo germanístico recebeu a mais alta comenda cultural alemã, a medalha “Verdiens-tkreuz”, a Cruz do Mérito da antiga República Federal da Alemanha, em 1^a classe. Sobre a tradução do Fausto feita por Silvio Meira, escreveu o saudoso

Carlos Drummond de Andrade: “Não preciso dizer-lhe do interesse que me despertou a recriação, em vernáculo, da obra-prima alemã, interpretada com tanto escrúpulo intelectual e conhecimento de particularidades literárias, que tornam esse trabalho realmente digno de admiração”.

Silvio Meira publicou inúmeras obras nas áreas do Direito, literatura, poesia, ensaio, biografia, tradução e romance, mais de duzentas monografias, artigos e conferências por todo o mundo e mais de quinze mil pareceres jurídicos. Na semana passada já tratamos das obras germanistas, abordando a tradução do “Fausto” de Goethe e o drama “Guilherme Tell”, de Schiller, ambas premiadas como as melhores traduções para a língua portuguesa. Aliás, sobre o caráter germanista de Silvio Meira assim pronunciou-se a saudosa escritora Racquel de Queiroz, a primeira mulher a ingressar na Academia Brasileira de Letras: “Silvio Meira é um goethiano, cultor e tradutor do Poeta. Isso se comprehende, pois as afinidades entre ambos são evidentes, como a multiplicidade de facetas intelectuais, que no paraense descobrimos na cátedra, na ciência, na linguística, na poesia, no romance. E cada qual tão merecedora de aplausos quanto a obra”. Mas, Silvio Meira era, também, um romancista. Sua famosa trilogia “Os Náufragos do Carnapijó”, “O Ouro do Jamanxim” e “Os Balateiros do Maicuru”, que retratam a vida na Amazônia, eram obras obrigatórias nas escolas públicas do país pelo INL – Instituto Nacional do Livro. Aliás, sobre “O Ouro do Jamanxim”, pronunciou-se o grande Carlos Drummond de Andrade: “...belo e vigoroso romance O Ouro do Jamanxim. Ele nos permite visualizar, de forma dramática, a terra e o homem amazônico, através de uma história que cativa o interesse do leitor. Ficção que reflete a vida em movimento, e que por isso, a par do mérito literário, tem o valor de documento social e humano”.

No campo da história, Silvio Meira escreveu “A Conquista do Rio Amazonas”, “A Epopéia do Acre”, “Fronteiras Sententrionais: 3 séculos de lutas no Amapá”, “Fronteiras Sangrentas”, “Meditações sobre o Fausto de Goethe” (separata) e “Mato Grande” (inédito). Sobre a obra “Fronteiras Sangrentas”, assim comentou o saudoso intelectual Gilberto Freyre: “...o erudito admirável, cujo alto saber nunca se desprende das coisas mais nacionais do Brasil, que é o Prof. Silvio Meira”. No campo da poesia, publicou “Antologia Poética”, “Antologia de Poetas Alemães” (26 poetas), e os ensaios “Estudos Camonianos e Goethianos” – onde faz uma profunda análise comparativa entre o pensamento de Goethe e Camões -, “Andrés Bello e Teixeira de Freitas” e “A missão do orador”. Sobre as Antologias Poéticas, assim escreveu o saudoso escritor Octávio de Faria, imortal da Academia Brasileira de Letras: “Silvio Meira é um ser vivo e pulsante, ao mesmo tempo um romancista, e um poeta, um jurista e um ensaísta, um ser que vibra como todos ante tudo o que existe e se faz sentir no tremendo mundo em que vivemos. Apenas, e antes de mais nada, é um ser voltado para o que há

de mais belo e de mais nobre, para o passado mais clássico em cujo culto foi educado - e, digamos assim, esplendidamente educado".

Na área do Direito, foi autor de inúmeras obras, artigos, conferências e trabalhos científicos ao longo da vida, especialmente na área romanista, os quais destacamos: "Curso de Direito Romano" (reeditado em 1996 pela LTr em edição comemorativa), "História e Fontes do Direito Romano", "Instituições de Direito Romano" (um tratado, reeditado em 2017 pelo IASP), "Direito Tributário Romano" (reeditado em 2013 pela Ed. UFPA), "A Lei das XII Tábuas - Fonte do Direito Público e Privado" (sua tese de Cátedra), "Novos e Velhos Temas de Direito", "O Direito Vivo", "Noções Gerais de Processo Civil Romano", "Processo Civil Romano", "Temas de Direito Civil e Agrário", "A vocação dos séculos e o Direito Romano", "Alguns Casos Forenses", "Direitos de ontem e de hoje", "Rui Barbosa na Constituição de 1988", "O Brasil e o Direito Romano", "O Tribunato da Plebe em face do Direito Romano", entre tantos outros. Suas obras foram publicadas pelas melhores editoras do Brasil e do exterior. Notabilizou-se com o lançamento das biografias dos dois maiores juristas do Brasil: "Clóvis Beviláqua - Sua Vida, Sua Obra" e "Teixeira de Freitas - O Jurisconsulto do Império", ambas premiadas, deixando, ainda, a obra "Couto de Magalhães, o último bandeirante" (inacabada). Sobre a biografia de Teixeira de Freitas, assim escreveu o saudoso Afonso Arinos de Melo Franco, titular da cadeira 25 da Academia Brasileira de Letras: "Agora, com este livro monumental sobre Teixeira de Freitas, o humanismo de Silvio Meira adquire nova dimensão, a de biografia, no seu sentido abrangente de ensaio jurídico, pesquisa histórica, reflexão social e compreensão humana". Silvio Meira compôs inúmeras bancas de mestrados, doutorados, cátedras e livre docências em diversas universidades da Europa e da América Latina, muitas delas na USP. Em 2017, a Universidade da Amazônia batizou a biblioteca do curso de direito com o seu nome.

Silvio Meira casou-se com Maria José Martins Meira (in memoriam) e teve sete filhos, Aluisio, Maria Silvia, Arnaldo (in memoriam), Heloisa, Celso (in memoriam), Fernando (in memoriam) e Henrique. Dedicou-se também à arte, especializando-se em pintura na França. A música, que ele tão bem retratava no piano "Essenfelder" de cauda longa, também fazia parte dos seus hobbies desde a infância. Falava e escrevia fluentemente mais de oito idiomas, entre eles o latim, alemão, francês, espanhol, italiano, inglês e grego. Silvio Meira faleceu no dia 31 de dezembro de 1995, em Londres/Inglaterra, depois de retornar de uma conferência em Bruxelas. Foi toda uma vida dedicada à cultura, ao trabalho, à família e à pátria.

“Todos nós devíamos nos preparar para o futuro aprendendo coisas que ainda não sabemos, desaprendendo coisas que sabemos, mas não deveríamos mais saber, e reaprendendo coisas que já soubemos e que voltaram a ser úteis.”

(Silvio Meira)

SOBRE OS AUTORES

ALBERTO DE MORAES PAPALÉO PAES

Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA); Professor Universitário das Disciplinas de Filosofia Geral e Jurídica, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Constitucional da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Faculdade Maurício de Nassau (UNINASSAU) na Graduação e Pós-graduação lato sensu; Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos de Hermenêutica Constitucional (GEHC) e Efetividade dos Direitos Fundamentais (GEEDF) vinculados ao Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (PPGDF-UNAMA); Avaliador de Periódicos Qualis-CAPES; Professor Colaborador do Instituto Teológico Quadrangular da Igreja do Evangelho Quadrangular (ITQ-IEQ Pedreira); Advogado em Belém-PA; e-mail: betomppaes@msn.com ID Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0248-1226> Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3902863915145828>

ALEXANDRE FERNANDES DOS SANTOS

Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Pará; e-mail: alexandre.fernandes.santos@hotmail.br.

ALÍCIA COSTA DANTAS

Assistente de Compliance na Philips; Mestranda em Direito Empresarial Internacional na Universidade de Tilburg (Holanda); Advogada e Consultora inscrita na OAB/PA; email: aliciadantas97@gmail.com.

DANIELA CASTRO DA SILVA

Foi aprendiz e monitora do Dr. Zeno Veloso. Foi professora de Direito na Universidade da Amazônia e atualmente é Advogada Pública, Especialista em Direito Público e Mestra em Direitos Fundamentais.

DESIRÉE BENTES DONIS

Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESU-PA). Advogada em Belém.

DOUGLAS ESTEVAM

Mestrando em Direito da Cidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil - ABDC. <https://orcid.org/0000-0003-3523-2250> douglasestevam@hotmail.com

FABRÍCIO VASCONCELOS DE OLIVEIRA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará/UFPa; mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará/UFPa; especialista em Direito pelo Centro de Extensão Universitária - CEU/SP; professor titular de Direito Empresarial da Universidade da Amazônia/UNAMA (onde leciona na graduação e no mestrado); professor associado de Direito Empresarial na Universidade Federal do Pará/UFPa (onde leciona na graduação e no mestrado profissionalizante); professor de Direito Empresarial na Centro Universitário do Pará/CESUPA; Procurador Fundacional/Autárquico do Estado do Pará lotado na Junta Comercial do Estado do Pará/JUCEPA; email: oliveirafabricio@hotmail.com.

HELOÍSA BAGATIN CARDOSO

Bacharel em Direito (Unicuritiba). Tecnóloga em Comunicação Institucional e Empresarial (UTFPR). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Contemporâneo pelo Centro de Estudos Jurídicos Luiz Carlos. Pós-Graduanda em Direito do Agronegócio (IDCC). Secretária Geral da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU). Membro da Comissão Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU (CNMAU). Membro da Comissão Nacional de Crédito Rural e Financiamento do Agronegócio da UBAU. Coordenadora do livro Direito Agrário na Prática: casos jurídicos reais sob a percepção das mulheres agraristas. Colaboradora na redação da PL 4.588/2021, sobre crédito rural. Colunista na revista A Empreendedora. heloisabcardoso@hotmail.com

ISABELLA DE ALMEIDA NEVES MACIEL

Pós-graduada em Direito e Processo Civil pela FACI WYDEN . E-mail: isabellanmaciell@gmail.com

JEFERSON ANTÔNIO FERNANDES BACELAR

Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela UNESA. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas - APLJ. Docente titular da UNAMA, Graduação e Mestrado em Direitos Fundamentais. Contato: e-mail: jafbacelar@yahoo.com.br

JULIANA VASCONCELOS DE CASTRO

Advogada de Direito Digital e de Proteção de Dados. Docente de Direito Civil, de Direito Empresarial e de Direito Constitucional. Doutoranda em Ciências Histórico-Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal.

JÚLIO ANTONIO LOPES

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), a Velha Jaqueira. Advogado, membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), membro efetivo da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLIJA), membro efetivo da Academia Brasileira de Direito (ABD), membro efetivo da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas (ABCMP), membro efetivo da Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado (AIJDC), sócio honorário do Instituto Sílvio Meira – Academia de Direito (ISM), sócio honorário da Academia Paraibana de Letras Jurídicas (APLJ), sócio correspondente da Academia Cearense de Direito (ACED) e sócio correspondente da Academia Paraense de Letras Jurídicas (APLJ).

LEONARDO AMARAL PINHEIRO DA SILVA

Advogado em Família e Sucessões; Mestre em Direito Constitucional - com enfoque no Direito de Família; Professor - Titular I - de Direito Civil da Universidade da Amazônia - UNAMA e de Direito Civil da Faculdade Maurício de Nassau - UNINASSAU, da Graduação e Pós-Graduação; Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Seção do Pará; Autor de Livros Jurídicos; e-mail: leonardo@pinheirodasilva.adv.br.

LEONARDO DA SILVA SANT'ANNA: Doutor em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz; Professor no Programa de Pós-graduação em Direito e na Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. <https://orcid.org/0000-0002-5192-2844> lsantanna44@gmail.com

LUISA HELENA CARDOSO CHAVES

Tabeliã e registradora no Estado do Pará, Pós-graduada em Direito Empresarial com concentração em Propriedade Intelectual pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro/RJ, integrante do Colégio Registral do Estado do Pará, Integrante da Associação dos Notários e Registradores – Anoreg/PA, triênio 2021/2023. Mestranda no programa de Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais na Escola Paulista de Direito - EPD. Mestranda em Direito pela Faculdade de Lisboa - Portugal. Email:luisachaves1@hotmail.com.

MARCELO L. F. DE MACEDO BÜRGER

Professor de Direito Civil no Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Doutorando e mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Diretor nacional do IBDFAM. Saudoso admirador de Zeno Veloso.

MARCONI D'ARCE LÚCIO JUNIOR

MARIA HELENA DINIZ

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela PUCSP. Livre-docente e Titular de Direito Civil da PUCSP por concurso de títulos e provas. Professora de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUCSP. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado nos cursos de pós-graduação em Direito da PUCSP.

MARIANNA CHAVES

Doutora em Direito Civil pela Universidade de Coimbra e pela Universidade de São Paulo. Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Titular da Cadeira n.º 33 da Academia Brasileira de Direito. Presidente da Cátedra Zeno Veloso do Instituto Sílvio Meira. Presidente da Comissão de Biodireito e Bioética do IBDFAM. Assessora Jurídica e Membro da Comissão de Curso do Mestrado em Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e.

MARINA PANTOJA

Doutora em Direito do Comércio Internacional e Direito Econômico - Université Paris X. Professora universitária de Direito Internacional Público e Privado e Direito de Empresa.

MAYNARA CIDA MELO DINIZ

Advogada. Bacharel em direito pelo Instituto de Ciência Jurídicas-ICJ na Universidade da Amazônia-UNAMA. Pós-Graduada em Direito Público e Direito de Trânsito pela faculdade LEGALE. Mestranda em Maestría en Derecho pela Fundação Iboamericana-FUNIBER.

MELISSA TELLES BARUFI

Advogada inscrita na OAB/RS 68643. Presidente do Instituto Proteger.

NALINNY COELHO DE BRITO

Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESU-PA). Advogada em Belém.

NAYRA VITÓRIA ELIAS ALVES

Graduanda em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Contato:
e-mail: nayravitor12345@gmail.com

RAPHAEL ARNAUD

Advogado, sócio da unidade Brasília do Santos, Novelli & Macedo advogados; professor de Direito Civil dos programas de graduação e Pós-graduação do IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e da Universidade Católica de Brasília - UCB; professor da Escola Nacional dos Auditores do TCU - ENAUD;

ROBSON FUMAGALI

Bacharel em Direito (Unipar). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (Faculdades Maringá); Especialista em Direito Público (Unicesumar); Especialista em Direito Civil e Processual Civil (UEL); Especialista em Direito Empresarial (UEL); Pós-Graduando em Direito do Agronegócio (IDCC). Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/PR - Subseção Nova Esperança-Pr. Membro da Comissão de Direito do Agronegócio da OAB/PR - Subseção Nova Esperança-Pr. Colunista do Jornal Noroeste do Paraná. robsonfumagali@hotmail.com

SAMUEL MEDEIROS ROCHA

Pós-graduado em Direitos Humanos, Pós-graduado em direito de Família e Sucessões, Pós-graduado em Direito Notarial e Registral, todos pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau, Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a inovação pela Instituto Federal do Pará. Professor da Faculdade Cosmopolita. Professor de Pós-graduação da Faculdade Ideal. Advogado. E-mail: samuel_medeiros@ymail.com

STHÉFANY BEATRIZ FERREIRA BELLAN

Especialista em Direito Agrário e Agronegócio-FMP-RS. Aluna especial do mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL. sthefanybellan@gmail.com. Check texte <http://lattes.cnpq.br/7629051766350968>

YAN WALLACE RAMOS COSTA

Bacharel em Direito pela Faculdade Faci Wyden, Pós Graduado em Direito civil e Processo Civil, Pós Graduado em Direito das Famílias e Sucessões, Pós Graduado em Planejamento, Familiar e Sucessório, Diretor de Relações Institucionais IBDFAM Seção Pará, yan_aira@hotmail.com.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XXV
PREFÁCIO	XXVII
CAPÍTULO 1	
A INFLUÊNCIA DE ZENO VELOSO EM ALGUNS	
TEMAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	
<i>Marianna Chaves</i>	1
CAPÍTULO 2	
A POLÊMICA DO TESTAMENTO VITAL	
<i>Maria Helena Diniz</i>	14
CAPÍTULO 3	
“A DOAÇÃO DE ASCENDENTES À DESCENDENTES E	
SEUS EFEITOS FUTUROS ”	
<i>Leonardo Amaral Pinheiro da Silva; Alexandre Fernandes dos Santos</i>	36
CAPÍTULO 4	
A SUCESSÃO DO AUSENTE: O DIREITO CIVIL	
PÓS ZENO VELOSO	
<i>Raphael Arnaud</i>	46
CAPÍTULO 5	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS	
<i>Desirée Bentes Donis; Nalinnny Coelho de Brito</i>	55
CAPÍTULO 6	
O DIREITO DE MORRER	
<i>Júlio Antonio Lopes</i>	67

CAPÍTULO 7	
ADVOCACIA EM BREVES NOTAS	
<i>Júlio Antonio Lopes.....</i>	71
CAPÍTULO 8	
A AGENDA 2030 DA ONU E AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS	
<i>Luisa Helena Cardoso Chaves.....</i>	82
CAPÍTULO 9	
ANIMAL NÃO É COISA: UMA ANÁLISE JURÍDICO SOCIAL	
DO PL Nº 6054/2019 NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	
<i>Isabella de Almeida Neves Maciel; Samuel Medeiros Rocha.....</i>	89
CAPÍTULO 10	
O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS PELAS	
COMPANHIAS SEGURADORAS NO COMBATE À FRAUDE	
SECURITÁRIA	
<i>Marconi d'Arce Lúcio Junior.....</i>	99
CAPÍTULO 11	
DIREITO DE FILIAÇÃO - DAS SEMENTES AOS FRUTOS	
<i>Melissa Telles Barufi.....</i>	108
CAPÍTULO 12	
A FILOSOFIA DO SUJEITO NA POLÊMICA SOBRE O NAMORO	
QUALIFICADO E A CRÍTICA HUMANISTA DE ZENO VELOSO	
<i>Alberto de Moraes Papaléo Paes</i>	116
CAPÍTULO 13	
O DEVER DE MITIGAR OS DANOS NOS CONTRATOS	
AGRÁRIOS COMO FOMENTO DA SUSTENTABILIDADE:	
À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	
<i>Sthéfany Beatriz Ferreira Bellan</i>	126
CAPÍTULO 14	
DANOS CONTRA O PATRIMÔNIO HISTÓRICO:	
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DO MUSEU DO	
RIO DE JANEIRO	
<i>Yan Wallace Ramos costa</i>	136
CAPÍTULO 15	
A CONVERGÊNCIA ATUAL DAS TRADIÇÕES OPOSTAS	
DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW SOB A PERSPECTIVA	
DO DIREITO ROMANO	
<i>Juliana Vasconcelos de Castro</i>	146

CAPÍTULO 16	
O (DES)AMOR: A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL	
<i>Maynara Cida Melo Diniz</i>	155
CAPÍTULO 17	
O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME NA PERSPECTIVA DO JURISTA ZENO VELOSO	
<i>Daniela Castro da Silva</i>	166
CAPÍTULO 18	
POR QUE DISTINGUIMOS OS DIREITOS REAIS DOS DIREITOS DE CRÉDITO?	
<i>Douglas Estevam; Leonardo da Silva Sant'Anna</i>	170
CAPÍTULO 19	
QUAIS AS HIPÓTESES EFEITOS JURÍDICOS DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE SOBRE IMÓVEIS HIPOTECADOS?	
<i>Heloísa Bagatin Cardoso; Robson Fumagali</i>	186
CAPÍTULO 20	
O PLANO DE AUTONOMIA DO GOVERNO DO MARROCOS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO SAARA OCIDENTAL	
<i>Marina Pantoja</i>	196
CAPÍTULO 21	
ZENO VELOSO E O DIREITO CIVIL: BREVES REFLEXÕES SOBRE ALGUMAS DE SUAS CONTRIBUIÇÕES	
<i>Marcelo L. F. de Macedo Bürger</i>	201
CAPÍTULO 22	
ESTUDO SOBRE OS AGENTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL	
<i>Alícia Costa Dantas; Fabrício Vasconcelos de Oliveira</i>	209
CAPÍTULO 23	
A NECESSÁRIA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS ANIMAIS NÃO HUMANOS	
<i>Jeferson Antônio Fernandes Bacelar; Nayra Vitória Elias Alves</i>	223

APRESENTAÇÃO

O Instituto Sílvio Meira - Academia de Direito, neste ano de 2022, honrará a memória do grande jurista paraense **ZENO AUGUSTO DE BASTOS VELOSO**, fundador do Instituto, além de incentivador, amigo do peito, participante e membro do Conselho Científico, que foi vítima da pandemia Covid-19, em março de 2021. O homenageado foi um dos maiores juristas do Pará e do Brasil, professor de escol, imortal da APLJ - Academia Paraense de Letras Jurídicas e da ABLJ - Academia Brasileira de Letras Jurídicas e de tantas instituições brasileiras e estrangeiras das quais fazia parte. Zeno sempre será Zeno, na memória e no coração.

O Instituto Sílvio Meira realizou, em setembro de 2015, o IV Congresso Luso-Brasileiro de Direito, no Hangar Centro de Convenções da Amazônia, cujo patrono foi Zeno Veloso, numa homenagem a ele feita em vida, com a presença maciça de grandes juristas brasileiros e portugueses, e mais de mil pessoas na plateia.

Nesta 3^a edição temos a imensa honra de contar com o prefácio do querido amigo e jurista **MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE**, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Ex-Presidente do TJE/PA, advogado, jurista e professor emérito, além de, claro, amigo de longas datas de Zeno Veloso.

A inspiração justinianéia perpetuada pelo Digesto original na segunda metade do século VI, resgatou em compilação escrita para o latim e para o grego (Pandectas), a melhor produção científica dos jurisconsultos clássicos, perenizando em cinquenta volumes as bases do melhor conhecimento jurídico da época, colunas de sustentação do Direito Romano e do moderno Direito Civil, em particular.

À razão do mesmo propósito, de colher e compilar fragmentos da mais respeitada produção intelectual jurídica da atualidade, é que o Instituto Sílvio

Meira idealizou um novo DIGESTO, em revista, agora em 3^a edição, reunindo textos de diversos professores do mundo, amigos do Zeno, nosso grande homenageado.

Esta grande obra que homenageia Zeno (post mortem), que sagra-se ímpar pelo mérito dos articulistas e pela contemporaneidade das abordagens temáticas, encontrou seu escopo e inscreve-se entre as belas obras de arquitetura da genialidade jurídica nacional e internacional. Deleitem-se.

Belém, Pará, Brasil, 01 de julho de 2022

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA

Presidente do ISM - Instituto Silvio Meira / Academia de Direito

PREFÁCIO

Esta revista chega à terceira edição, já consagrada como um dos principais repositórios da nossa doutrina jurídica graças ao elevado nível técnico dos artigos publicados e, igualmente, à competência, perseverança e dedicação do eminentíssimo Professor André Meira, presidente do Instituto Sílvio Meira.

De fato, nestes meus mais de cinquenta anos de estudo e prática do Direito, como lente universitário, advogado e magistrado, não recordo de outra revista que tenha alcançado, em tão pouco tempo, idêntico patamar de credibilidade e respeito acadêmico.

Contudo este número, que tenho a honra e grande satisfação em apresentar, tem um significado muito especial porque dedicado a homenagear o grande jurista conterrâneo Zeno Augusto Bastos Veloso, nascido no Estado do Pará, mas que ganhou reconhecimento não apenas nacional, fazendo-se presente e reverenciado, por suas obras e notáveis conferências, também em Portugal, Espanha e outros países.

Zeno Veloso foi – como certamente continua sendo - para a história das letras jurídicas paraenses, o mais importante e festejado mestre de uma geração de professores forjados a partir de estudo solitário, pesquisa focada em resolução de casos e prática jurídica contínua.

Doutorou-se, na mesma onda que Richard Posner, no seu festejado *Over coming the law*¹, destaca como sendo os tempos em que, de modo predominante, “os professores de Direito costumavam fazer parte da universidade e da profissão”, alcançando a titulação acadêmica pela excelência de suas aulas, conferências e obras jurídicas de reconhecimento geral e reiteradas citações em julgados dos tribunais pátrios.

A respeito do prezado amigo, oportuna e merecidamente homenageado nesta edição, escrevi em outro momento: Nascido em 1945, Zeno Veloso foi

¹ Editado no Brasil com o título “Para além do Direito”. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

exemplo da geração designada dos Baby Boomers, da explosão dos nascimentos a partir do final da 2^a Grande Guerra, que acompanhou o surgimento da televisão, a guerra do Vietnam, os anos de ansiedade da Guerra Fria, as primeiras viagens do homem ao espaço e seus integrantes participaram, como espectadores ou protagonistas, do movimento hippie. Enfim, no plano interno nacional, viveram a juventude romântica dos chamados Anos Dourados e as inquietações dos rotulados Anos de Chumbo do movimento de 1964, mas também tiveram a felicidade de participar e aplaudir, de algum modo, ainda que só assistindo manifestações públicas, pela redemocratização do país ou até mesmo de emprestar sua contribuição aos trabalhos da Constituinte.

Quanto ao último ponto, registro que Zeno Veloso teve atuação relevante na elaboração da Constituição de 1988, assessorando os trabalhos do Deputado Federal Jorge Arbage, então 2º Vice-presidente da Assembleia Nacional Constituinte, bem ainda foi, como Deputado Estadual, o principal redator e sistematizador da vigente Constituição do Estado do Pará.

Além disso, ocupou outros relevantes cargos públicos, tendo sido, inclusive, Secretário de Estado da Justiça do Pará, e membro fundador do Colégio Notarial do Brasil, da Academia Paraense de Letras Jurídicas e do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, bem como engrandeceu a bibliografia jurídica nacional com mais de duas dezenas de livros, tratando de temas de Direito Civil e Constitucional.

É óbvio que o espaço desta apresentação é pequeno mesmo para um breve resumo da importância e da grandeza da vida do homenageado nesta edição do Digesto. Todavia, esses registros parecem-me expressivos do quanto Zeno Veloso tornou-se merecedor da homenagem do Instituto Silvio Meira.

MILTON NOBRE

CAPÍTULO 1

A INFLUÊNCIA DE ZENO VELOSO EM ALGUNS TEMAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Marianna Chaves

A convite do Presidente do Instituto Sílvio Meira e da Academia Brasileira de Direito, aceitei a honrosa e dolorosa missão de coordenar esta edição do *Digesto*. Assim como a tantas pessoas que admiro e tornaram-se amigas, fui apresentada ao Prof. André Malcher Meira pelo nosso Mestre Zeno Veloso. Assim começou a minha ligação ao ISM, onde atualmente sou Presidente da Cátedra Zeno Veloso.

Foi também pelas mãos de Zeno que criei uma ligação afetiva forte com o Pará, terra onde fiz tantos amigos e que aprendi a adorar como se fosse minha. Ainda que não conhecesse um paraense através dele, bastava tocar no seu nome para que histórias de oportunidades, alegria e gratidão começassem a surgir. Nunca cruzei com um paraense que não conhecesse Zeno Veloso e não esboçasse um sorriso quando ouvia o seu nome.

Quantas boas lembranças guardo das vezes em que estive no Pará, tendo aprendido a amar a culinária, as belezas naturais, conhecido o melhor sorvete do mundo (perco as contas de quantas vezes “fugi” dos eventos sorrateiramente com Zeno apenas para ir tomar um sorvete na Cairú - ele de cupuaçu, o meu sempre carimbó ou mestiço) e as pessoas das mais calorosas e gentis do mundo.

Devo confessar que coordenar uma homenagem póstuma é penoso, mas acalma o coração saber que em vários momentos prestei homenagens ao meu grande Mestre em vida, incluindo em um Congresso do ISM em homenagem a ele, em 2015, onde estive a convite do Professor André, que além de Presidente do ISM também é o atual Presidente da Academia Brasileira de Direito, instituição da qual sou titular da cadeira n.º 33, cujo patrono é Zeno Veloso. Também em um evento do Instituto Sílvio Meira, em Roma, onde tive a oportunidade de palestrar pela última vez ao seu lado e a última vez em que estivemos fisicamente perto.

Peço licença ao leitor para escrever este texto em primeira pessoa, falando do significado de Zeno Veloso na minha vida como jurista e pessoa. Quando o conheci, era recém-formada e, a partir daquele momento, passei a desfrutar do convívio daquele que se tornaria o meu maior mentor intelectual, a pessoa com maior influência na minha vida profissional, um verdadeiro pai académico.

Ao incentivo dele devo muitos dos sucessos alcançados. Zeno Veloso era detentor de uma sabedoria incomparável, com uma enorme capacidade de transmissão do conhecimento jurídico, sempre técnico e cirúrgico, mas, ao mesmo tempo, informal, acessível e divertido. Se eu tivesse que descrevê-lo em apenas uma palavra, seria generosidade.

Ele era extremamente generoso com os que amava, com os que conhecia e até mesmo com os que não conhecia. Era capaz de telefonar do nada, sem qualquer razão aparente, apenas para dizer que estava com saudades ou profissionalizar umas palavras de carinho. Perdi a conta dos encontros inesperados para um almoço ou um passeio que, invariavelmente, transformar-se-ia em mais uma lição de vida, aprendizados e de afeto.

Mesmo quando, por alguma razão, não poderia se fazer fisicamente presente em um momento importante, pessoal ou profissional, estava ali por outros meios, por outras pessoas, como no caso da minha defesa de doutoramento na Universidade de Coimbra. Mesmo não estando ali, fez-se presente a todo momento, como vi nas mensagens posteriormente mostradas pela minha amiga Priscila Agapito, onde ele dizia “Nomeio Priscila minha procuradora em Coimbra para acompanhar a defesa de tese da Dra. Marianna” e a todo tempo a perguntava como estava a correr.

De igual maneira, antes do início das provas públicas, fui cumprimentada por um grupo de estudantes de Belém do Pará que eram alunas do Zeno e estavam na Universidade de Coimbra fazendo intercâmbio. Disseram-me que Zeno pediu que fossem assistir à minha defesa e que a todo momento, assim como fez com Priscila Agapito, as enviava mensagens para saber do andamento da defesa. Assim era Zeno Veloso, atencioso, afetuoso, gentil, ao nosso lado mesmo com um oceano nos separando.

Era um indivíduo que já se encontrava no Olimpo jurídico, mas tratava a Reis e Plebeus da mesma forma, dispensando a mesma atenção a todos, fossem Professores Catedráticos ou estudantes de graduação.

Tenho tantas lembranças de Zeno Veloso, em tantos lugares, que seria preciso escrever um Tratado para discorrer sobre todas. Ele era uma figura querida e admirada em todos os lugares em que tive ao seu lado, no Brasil e fora dele. Quantas vezes andei com ele pelos corredores da Universidade de Coimbra e da Universidade de Lisboa, onde era parado pelos Professores Catedráticos que o reverenciavam e eu o via conversar com a mesma alegria e entusiasmo com estudantes que cruzavam o seu caminho.

Quantas vezes recebi telefonemas de amigos, absolutamente maravilhados pelo fato de terem sido apresentados a Zeno Veloso, conversado por alguns minutos, trocado contatos e, sem qualquer aviso, recebido um livro autografado por ele dali a algum tempo. Comigo era a mesma coisa. Quando não eram os livros, eram cartões, cartas ou mesmo bombons de chocolate com cupuaçu e castanha do Pará, que ele sabia que eu adorava.

Recordo-me do dia em que, em uma das dezenas de vezes em que estive com ele na Universidade de Coimbra, encontramos com a minha orientadora de Doutoramento, Professora Doutora Maria Olinda Garcia, Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça e docente da FDUC. Naquele dia, ela o presenteou com um broche da UC e no momento em que ela o colocava em seu casaco, notei que ele tinha os olhos cheios de lágrimas e recebia o presente como se fosse a mais preciosa das joias.

Certa vez, tive a oportunidade de participar de um momento memorável na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A memória não me permite recordar com precisão o ano, mas penso que foi em 2008 ou 2009. À época, eu era Mestranda e continuava em Portugal a fazer as minhas pesquisas e informei ao meu orientador, o Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, que o Professor Zeno estava em Lisboa e, imediatamente, ele pediu que eu o convidasse para uma aula de licenciatura de Direito da Família e das Sucessões, disciplina da qual o Prof. Jorge era titular.

Encaminhamo-nos para o auditório e rememoro que a sala já estava cheia quando adentramos e Zeno Veloso, com a simpatia e bom humor que lhe eram peculiares, chegou sorrindo e cumprimentando vários estudantes. Foi um momento leve, descontraído e, ao mesmo tempo, lotado de conhecimentos transmitidos por ambos os professores. Zeno conhecia profundamente o direito português e transitava com maestria entre os ordenamentos brasileiro e luso, ilustrando os temas com causos divertidos, como o célebre caso do Najibão.

Foi uma experiência fabulosa ver tantos estudantes, em uma aula que se estendeu para além do horário previsto, completamente atentos e fixados naquele encontro. Quando a aula teve que ser encerrada, pois havia outra turma à espera para ocupar o auditório, vi os alunos se levantarem e aplaudirem Zeno Veloso festivamente, algo que eu nunca tinha visto acontecer em todos os anos que vivi em Portugal. Assim eram os encontros com Zeno, cuja presença resultava sempre em alegria e comemoração.

Ele brilhava onde estivesse e fazia questão de prestigiar os amigos e pupilos. Sempre que estávamos em um congresso, encontro ou evento, fosse a hora que fosse, ele estava na primeira fila, dando-nos confiança através do olhar e dos sorrisos.

Aquele olhar amigo sempre foi um porto seguro que me acompanhou desde a primeira palestra que fiz na vida, em um Congresso do IBDFAM,

no ano de 2007, em Cuiabá. Foi o dia em que conheci Zeno Veloso e o primeiro dia, entre tantos, em que ele pegou na minha mão e disse: “vai dar tudo certo!”.

Naquele evento, fui acompanhada da minha mãe que, apesar de não ser jurista, fez questão de assistir à minha primeira intervenção em um encontro tão importante. Ela também estava nervosa e recordo-me bem de ele se sentar ao lado e segurar a sua mão, como se dissesse a ela também que tudo iria correr bem, como correu. A partir daí, foram dezenas de eventos nos quais estivemos juntos, em sua maioria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (da qual ele era fundador e Diretor da Região Norte) e do ISM, todos sempre marcados pelas melhores lembranças.

Maiores do que as suas lições jurídicas, foram as lições de vida a cada um que teve a sorte de cruzar o seu caminho. Ele sempre foi um grande catalisador para se pensar “fora da caixa”, sempre instigando a todos ao seu redor a dar o nosso melhor. Feitas essas considerações iniciais, passo a discorrer sobre a influência de Zeno Veloso em dois temas sobre os quais me debrucei na minha vida académica, em uma época em que ainda eram questões sem solução jurídica aparente e que viraram tema da coluna semanal que Zeno tinha no Jornal *O Liberal*.

1. UNIÕES HOMOAFETIVAS

Lembro-me como se fosse hoje do dia em que Zeno me questionou sobre qual seria o tema da minha dissertação de Mestrado na Universidade de Lisboa. Respondi e ele, com a frontalidade que lhe era característica, sugeriu que eu fosse além do que propunha na época, especificamente em 2007.

Relatei o meu receio em razão do ambiente ainda conservador e ele, com o espírito encorajador e vanguardista que lhe era distintivo, disse-me que eu deveria arriscar, que esse era o papel da Academia, o de trazer respostas novas, ainda que consideradas indigestas por alguns.

Naquele momento, animada pelas provocações e impulso daquela conversa, decidi que, entre outros temas, escreveria sobre o casamento civil homoafetivo por conversão e direto no Brasil. Naquele tempo, a nossa doutrina e jurisprudência tratava exclusivamente da união estável. Cada vez que me sentia receosa ou com dúvidas, o primeiro reflexo era telefonar a Zeno e imediatamente o meu estado de espírito se alterava e o desânimo desaparecia.

Entreguei a minha dissertação em junho de 2009 e a defendi em março de 2010, quando, ao contrário do que muitos sustentavam à época em que escolhi o meu tema, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi legitimado em Portugal. Também por incentivo de Zeno Veloso, publiquei a minha dissertação, tendo ele feito a apresentação das duas primeiras edições e estado presente no

lançamento.¹ Na nota prévia à 1.^a edição do meu livro, fiz questão de ressaltar a profunda gratidão e o significado que ele teve naquele percurso:

A minha admiração e mais sincero afeto dirijo ao Senhor Doutor Zeno Veloso, lenda viva do Direito brasileiro, cujo saber jurídico, notoriamente é admirado além-mares. Durante todo o percurso entre a minha chegada a Portugal e a publicação deste trabalho foi, e continua sendo, um grande e presente incentivador, cujas palavras sempre tiveram sobre mim um poder encorajador. É um arquétipo a ser seguido.

Em maio de 2011, já com o livro publicado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões homoafetivas como uniões estáveis no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, o que trouxe a necessidade de atualização da obra e publicação de uma 2.^a edição. Sobre o julgamento, Zeno Veloso escreveu:

A união estável heteroafetiva tem no Brasil um estatuto jurídico, provavelmente o mais avançado do mundo, que decorre da Constituição. Foi elevada à dignidade de entidade familiar, da mesma importância e merecedora do respeito e consideração dedicados às famílias fundadas no casamento. E a mencionada decisão do Excelso Pretório brasileiro mandou aplicar, por analogia, às uniões homoafetivas as regras que disciplinam as entidades familiares heteroafetivas. Até por imperativo do princípio da igualdade, já se sabia, e a doutrina mais abalizada concordava, que não há hierarquia entre essas famílias.

O art. 1.726 do Código Civil brasileiro, explicitando o que dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição, prevê que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Entrevistado por órgãos da imprensa, em seguida àquela decisão do STF, dei minha opinião sobre a importância, a extensão da mesma, e não tive dúvida em garantir que o casal homoafetivo estava autorizado a pedir ao juiz a conversão de seu relacionamento em casamento. Alguns colegas, mesmo aplaudindo o posicionamento do Supremo Tribunal, vislumbraram algum exagero naquela minha assertiva. “Casamento, ainda não!”, disseram. Mas já houve decisões judiciais, inspiradas e motivadas pelo citado precedente da Magna Corte, e algumas pessoas, que viviam em parcerias homoafetivas, já converteram suas uniões em casamento civil.

Também neste aspecto, Marianna Chaves foi precursora, pioneira, dando uma leitura civil-constitucional (ou, se quiserem, constitucional-civil) ao sistema,

¹ CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade: Um Panorama Luso-Brasileiro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

garantindo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo já estava implicitamente permitido em nosso ordenamento, como acabou sendo expressamente admitido em Portugal.

Zeno Veloso foi sempre muito firme na defesa do reconhecimento da união homoafetiva e, posteriormente, da possibilidade jurídica do casamento homofetivo com fundamento no art. 226, § 3.º, da CF, afirmando que “num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.²

Em outubro de 2011, a 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou em um *leading case*³ que o casamento civil homoafetivo era permitido no Brasil, acolhendo a tese que eu havia defendido 5 anos antes, por direta influência de Zeno Veloso.

Naquele dia, comecei a receber mensagens me parabenizando, sem entender o porquê, até que um amigo me enviou o voto do Relator, onde fui citada em algumas passagens. Passados alguns minutos da estupefação inicial, minha primeira reação foi pegar o telefone e ligar para Zeno que, atendeu e, com o afeto de sempre disse animado “Meu amor! Eu não te disse?”.

Senti uma enorme gratidão por todo o encorajamento que tive de Zeno e alívio por tê-lo ouvido e abandonado os receios que, aqui e acolá, atormentavam-me. Digo sem qualquer medo de errar que, não tivesse sido pelo incentivo, encorajamento e apoio de Zeno Veloso, eu não teria abraçado o tema e não teria contribuído para a construção do voto do Ministro Relator que mudou os rumos do nosso Direito das Famílias, garantindo o acesso a direitos civis ilegitimamente negados uma parcela dos nossos cidadãos.

2. FAMÍLIA MULTIESPECIE

Quando não era capaz de encontrar alguma resposta na legislação e na doutrina de Zeno Veloso, muitas vezes pelo simples fato daquela questão ainda não ter sido enfrentada pelo Direito, era o momento de recorrer ao Oráculo Zeno, por telefone, por e-mail ou pessoalmente. Uma das vezes em que isso aconteceu foi no âmbito de questões relacionadas ao *status* dos animais de companhia.

Desde a minha infância, a presença de cães e gatos foi uma constante no meu ambiente familiar, onde os animais sempre foram vistos como membros da família e cuidados como tal. Certa feita, em 2015, estava a conversar com alguns amigos e, em tom informal, referi-me aos meus cachorros como “meus filhos” e logo fui repreendida ao ouvir que animais não poderiam ser comparados a pessoas e muito menos considerados filhos.

² VELOSO, Zeno. “Homossexualidade e Direito”. In: Jornal O Liberal. Belém: 22 de Maio de 1999.

³ STJ, 4.ª Turma, Recurso Especial n.º 1.183.278-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

Obviamente, não se tratava de querer atribuir personalidade ou humanizar os animais, mas demonstrar a importância que possuem na minha vida e de tantas outras pessoas. Fiquei incomodada com a questão e telefonei a Zeno, relatando o caso. Ele, mais do que ninguém, conhecia o meu apego aos meus filhos de quatro patas, tendo mais de uma vez feito referência aos meus *pets* em palestras, em especial ao Filipe Augusto, um cachorrinho português que adotei no final de 2012.

Recordo de um Congresso do IBDFAM em Porto Seguro em que estávamos palestrando em 2012. No *banner* do evento havia uma imagem com diversas configurações de família, ilustrando com maestria a pluralidade familiar e uma das imagens tinha um grupo familiar com um cãozinho. Durante a palestra, Zeno parou, apontou para a imagem e disse: “Marianna Chaves, tu sabes quem é aquele? É o Filipe Augusto!”.

Quando o telefonei para contar da discussão sobre o papel dos animais na família, ele me disse: “Meu amor, por que tu não escreves um artigo sobre o tema?”. Respondi que andava ocupada escrevendo a minha tese e que não teria tempo, mas ele continuou a me provocar afirmando que eu deveria estudar o assunto e defender uma posição jurídica, já que a temática estava na ordem do dia.

Fui convencida e comecei a trabalhar no tema, tendo publicado o artigo em julho de 2015.⁴ Mal sabia eu que aquele escrito, elaborado e publicado de forma despretensiosa, tornar-se-ia um dos mais significativos da minha vida.

A ideia daquele trabalho foi analisar se o estatuto fático de “filho” dos animais de companhia poderia se traduzir em um estatuto jurídico, consagrando-se a ideia de entidade familiar multiespecie. A resposta, à época, não era clara, mas as demandas envolvendo animais de companhia já tinham começado a bater às portas do Judiciário, nomeadamente nas varas da família e alguns tribunais vinham permitindo que os tutores compartilhassem a custódia dos seus bichinhos como fariam se prole humana fosse. Dali a alguns anos, a questão vivia a ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Naquela oportunidade, sustentei, acompanhando alguma doutrina,⁵ que era possível defender uma solução baseada no Direito das Famílias ao se

⁴ CHAVES, Marianna. “Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?”. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5, p. 1051-1094, 2015.

⁵ Nos EUA, esse tipo de demanda está a se tornar tão comum que alguns Estados e cidades criaram varas especializadas para solucionar apenas esse tipo de litígio, as chamadas “*pet courts*”. Afirma-se que, como o sistema de proteção de menores, as varas de animais de companhia dão algum tipo de proteção aqueles que não podem proteger a si próprio. Cfr. SIMMONS, Schyler P. “What is the Next Step For Companion Pets in the Legal System?: The Answer May Lie With the Historical Development of the Legal Rights For Minors”. In: *Texas A&M Law Review*, Vol. 1, Fall, pp. 253-285, 2013, pp. 258-259.

utilizar, com as devidas adaptações, a legislação referente à guarda de filhos enquanto uma legislação específica não for editada.

Como tive oportunidade de escrever ao lado de Zeno, em artigo sobre a integração das normas jurídicas publicado na 1.^a edição do *Digesto*,⁶ nós dois sempre acreditamos na plenitude do ordenamento jurídico. Nesse sentido, entendemos que a ordem jurídica é completa, não possui vazios. O Direito, como organização geral, não pode possuir vácuos ou lacunas inexpugnáveis. Já a lei pode ser faltosa ou distraída. Por mais sabido e previdente que seja o autor de um projeto de lei ou o legislador, eles jamais serão capazes de regular todas as situações que despontarão no meio social. A vida é complexa, enérgica, agitada, engenhosa; a cada segundo surgem conjunturas e cenários novos, muitas vezes inimagináveis. Assim, as lacunas na lei são praticamente invencíveis, a não ser que estivéssemos diante de uma ciência morta e não de um Direito vivo.

Destaquei no artigo sobre animais de companhia referido que a ideia de aplicação das normas relativas às crianças e adolescentes pode chocar e causar alguma reticência. Mas uma breve análise da História das famílias pode nos indicar que essa analogia não é tão absurda quanto parece *a priori*. Para ilustrar, evidenciei que, no passado, crianças e animais eram tratados exatamente da mesma forma, sendo todos propriedades dos seus donos (no caso dos infantes, conhecidos como pais ou progenitores), que deles poderiam dispor da forma que lhe aprouvesse, sem qualquer consequência legal. Os tempos mudaram e hoje a tutela e os mecanismos de proteção da criança – que agora são considerados pessoas e sujeitos de direito – são implacáveis.⁷

Obviamente, aquela posição foi discutida em profundidade com o meu Mestre Zeno que, em artigo publicado também em 2015, evidenciou a sua concordância com o recurso à legislação familiarista.⁸ Com o discurso espirituoso de sempre, referiu-se, naquela edição da sua coluna no Jornal *O Liberal*, à própria família multiespecie: “Aqui em casa, se me permitem a particularização, quem manda é minha mulher, Liliam, mas esta segue as vontades de Ramón, nosso idoso e simpático cão, comprido como uma linguiça”. Ainda naquele texto, afirmou:

Penso que um juiz sabido, inteligente, humano, usando os princípios gerais de direito ou a analogia, pode, sim, estabelecer a guarda de animais domésticos,

⁶ CHAVES, Marianna; VELOSO, Zeno. Breves notas sobre a Integração das Normas Jurídicas (do Código Beviláqua ao Código Civil de 2002. In: *Digesto - A Revista Jurídica do ISM*. 1.^a ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, pp. 2-18, 2019, p. 6.

⁷ Sobre as crianças como propriedade nos EUA dos século 18, consultar SIMMONS, Schyler P. “What is the Next Step For Companion Pets in the Legal System?: The Answer May Lie With the Historical Development of the Legal Rights For Minors”, cit., p. 255.

⁸ VELOSO, Zeno. “Na separação quem fica com o cachorrinho?”. In: *Jornal O Liberal*. Belém, 18 de julho de 2015.

seja a guarda unilateral, seja a compartilhada, tomando por base o princípio da afetividade, que, a cada dia mais, cada vez mais, deve reger a vida familiar e definir as questões de família.⁹

Concluí no artigo publicado em 2015 que é preciso que se construa um regime de tutela dos animais de companhia verdadeiramente *animal-friendly*, onde os interesses dos animais não sejam meramente periféricos às necessidades e interesses dos seus tutores humanos, muito embora devam ser com eles harmonizados, de forma a tornar a relação funcional. Seja com foco em elementos do direito das famílias, seja com a tônica no direito das coisas, o mais importante é que a “guarda” ou a posse do *pet* seja outorgada à pessoa que revele maior habilidade e intenção em genuinamente cuidar do animal, de forma afetiva e responsável.

Aliás, a ideia da aplicação do princípio da afetividade, defendida por Zeno e por mim, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁰ no julgamento de Recurso Especial em que se pleiteava o direito de visitas a animal de companhia após a dissolução de união estável. Naquela oportunidade, em que tive o meu artigo citado algumas vezes, foi explicitamente reconhecido que o *pet* fazia parte da entidade familiar, tendo asseverado o tribunal que

Deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da *afetividade* em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII – “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

(...)

Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.

Ainda que se insista na aplicação do direito das coisas aos animais companhia, é preciso que os magistrados passem a considerar – explicitamente – o bem-estar do animal em suas decisões, procurando atender o melhor interesse

⁹ VELOSO, Zeno. “Na separação quem fica com o cachorrinho?”. In: *Jornal O Liberal*. Belém, 18 de julho de 2015.

¹⁰ STJ, 4.a Turma, REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19/06/2018.

do animal. É preciso que se reconheça – ao menos – que os *pets* não configuram meros bens semoventes, mas seres vivos sensíveis, que dependem de seus donos para certificação do seu bem-estar. São seres vulneráveis e, por isso, necessitam de uma proteção jurídica especial e de um olhar atento dos operadores do direito. Como afirmado pelo STJ,

Os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

(...)

Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado.

Sustentei ainda que as relações entre as pessoas e os membros não humanos das entidades familiares precisam ser tuteladas pelo Direito de forma específica e coerente, tecnicamente precisa e harmonizada com a atual feição dessas vinculações.¹¹

A proposta era um afastamento da ideia de propriedade pura e simples, mas também se levando em consideração todas as idiossincrasias e originalidades de uma relação entre animais e seres humanos. Como referido pelo STJ,

Não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

A despeito de animais, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada.

O Judiciário necessita encontrar solução adequada para essa questão, ponderando os princípios em conflito, de modo a encontrar o resguardo aos direitos fundamentais e a uma vida digna.

A harmonização dos interesses das pessoas com o melhor interesse do *pet* foi tratada pelo Código Civil português, citado pelo julgamento do STJ. Nos

¹¹ Tal ideia foi acolhida pelo Ministro Luís Felipe Salomão, que em seu voto no REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9 afirmou que “É notório o crescimento exponencial, em todo o mundo, do número de animais de estimação no âmbito das famílias e, cada vez mais, são tratados como verdadeiros membros destas. Os Tribunais do país têm-se deparado com situações desse jaez, com divórcios e dissoluções de relações afetivas de casais em que a única divergência está justamente na definição da custódia do animal”.

termos do art. 1793.º-A do Diploma Civil luso, cujo objeto é o destino dos animais de companhia em caso de divórcio, os *pets* “são confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal”. Tal artigo foi fruto de alteração ao CC promovida pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março, que estabeleceu o *Estatuto Jurídico dos Animais*.

Durante a tramitação na Assembleia da República, os projetos de lei que resultaram no *Estatuto* foram objeto de parecer do Conselho Superior da Magistratura de Portugal, a pedido do Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República.¹² Naquele parecer, também tive o meu artigo de 2015 citado, sendo um dos momentos mais marcantes da minha jornada como jurista, principalmente pelo significado pessoal que uma maior proteção dos animais e a visão dos mesmos como seres sencientes acarretava.

A referência ao meu trabalho¹³ girou em torno da defesa do bem-estar e do melhor interesse do animal, acentuando-se a sua vulnerabilidade e necessidade de uma proteção jurídica especial. No excerto das minhas conclusões, defendi a criação de uma legislação com duas fontes legais de onde poderia partir a construção do regramento específico: os estatutos anticrueldade presentes na legislação de proteção animal e a legislação que regula as relações parentais.

Ressaltei que não se buscava outorgar aos animais de companhia um estatuto equivalente às crianças e adolescentes, mas direitos limitados como aqueles conferidos a corporações e entidades não humanas, que muito embora estejam sujeitas ao domínio humano, são vislumbradas como pessoas para determinados propósitos, nos termos da lei. Desta maneira, o animal de companhia teria interesses legais reconhecidos, que poderiam ser provocados pelo tutor, no melhor interesse do animal.

Mais uma vez, uma das primeiras coisas que fiz após ler o documento foi ligar para Zeno. Uma das coisas que ele me disse foi: “Agora já não podem falar que o Filipe Augusto não é teu filho. Se tu casares e divorciares aí em Portugal, vão ter que resolver quem vai ficar com ele. Se tiverem filhos, é resolver com quem ficam os filhos humanos e os filhos de quatro patas! Tudo dentro do Livro de Direito da Família!”.

A pequena contribuição para o reconhecimento dos animais de companhia como seres sencientes e membros das entidades familiares na legislação

¹² Conselho Superior de Magistratura, Gabinete de apoio ao Vice-Presidente e membros do CSM, Parecer 2016/GAVPM/1741 sobre o Projeto de Lei n.º 164/XIII/1.ª (PS), o Projeto de Lei n.º 171/XIII/1.ª (PAN) e o Projeto de Lei n.º 173/XIII/1.ª (PAN). Disponível em: <https://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2017/03/01-05-2016-CCB-01-05-2016-PARECER-ANIMAIS.pdf>

¹³ CSM, Parecer 2016/GAVPM/1741, p. 23, nota 45.

portuguesa foi uma das maiores honras que tive na minha carreira, que não teria existido se não fosse a insistência do meu Mestre Zeno Veloso para que eu escrevesse aquele artigo em 2015.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Zeno Veloso teve (e ainda tem) uma importância incontestável para vários ramos do Direito brasileiro, em especial o Direito Civil, o Direito Notarial e Registral e o Direito Constitucional, entre tantos outros. Aliás, é um dos autores mais citados na história do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Eu poderia escrever um artigo inteiro e ainda não seria o suficiente para demonstrar a relevância de Zeno Veloso para a construção de um Direito brasileiro mais justo, plural e democrático como temos hoje. Zeno participou de verdadeiras revoluções no Direito e deve ser ressaltado que ele nunca foi mero espectador. Zeno foi ator principal deste espetáculo que a todos nós afetou. Se hoje, temos um Direito Civil constitucionalizado, mais harmonizado com os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, muito se deve a Zeno Veloso.

Podemos não o ter mais conosco nesta existência terrena, mas ele continua vivo em cada um de nós e imortalizado nas suas lições que já mudaram o curso do nosso Direito e, certamente, continuará influenciando avanços em um futuro a perder de vista.

Como deixei claro nesta pequena homenagem, eu não seria a mesma, como pessoa e como jurista, se não tivesse tido a sorte de tê-lo no meu caminho profissional e pessoal. Como eu, há muitos mais, espalhados pelo Brasil e pelo mundo. Dezenas, centenas, quiçá milhares de pessoas que de alguma forma tiveram as suas vidas tocadas por Zeno Veloso e, por esse privilégio, tornaram-se operadores do direito mais capacitados, mas, principalmente, ser humanos melhores.

Sinto uma enorme gratidão por ter tido a chance de aprender com um dos maiores juristas do nosso tempo e mais ainda pela fortuna de ter gozado do seu convívio nos 14 anos que transcorreram entre o dia em que nos conhecemos e o seu falecimento. Nesse período, aprendi lições jurídicas e de humanaidade que carregarei comigo até o dia em que eu também deixar este plano.

Finalizo o texto com um poema que escrevi após o falecimento de Zeno, que evidencia o papel que ele representou na minha vida e de tantas outras pessoas:

Nosso Zeno

Notória foi a sabedoria da sua existência
Venerado por partilhar seu amor e saber
No mar, no ar, numa oração de sapiência
No júbilo contagiate de quem sabe viver

Foi um Doutor das leis e da labiríntica vida
Mestre em sua pura generosidade pulsante
Ciência e humanidade na mesma acolhida
Capaz de mudar vidas num único instante

Transformou a eles, a nós, a todos, a mim
Obstinado catalisador de potencialidades
Semeou fé, afeto, esperança e saudades

Na passagem com perfume de alecrim
A unanimidade é revelada em um aceno
Ao oráculo de Delfos, eis o nosso Zeno ...

Marianna Chaves

CAPÍTULO 2

A POLÊMICA DO TESTAMENTO VITAL

Maria Helena Diniz

1. NOTA DA AUTORA

A atualidade e a complexidade do tema “testamento vital” justificaram sua escolha para nosso estudo, por suscitar questões ético-jurídicas, diante dos avanços da tecnologia médica, nas últimas décadas do século XX e do século XXI, que têm provocado uma mutação cultural, acrescentando créditos à valoração moral-social das questões sobre o inicio e o fim da vida, levantando problemas extremamente complexos como: seria legítima a imposição legal de certos deveres tidos como prioritários, mas independentes das decisões tomadas pelos profissionais da saúde e pelos pacientes sobre questões atinentes à vida e à morte? Haveria possibilidade de se construir uma moral profissional mais consentânea às necessidades contemporâneas do que à ética hipocrática? Teria o paciente direito à autonomia da vontade, ou seja, a optar sobre fatos alusivos à sua própria pessoa, dando seu consenso esclarecido sobre o tratamento a ser seguido ou sobre a remoção de aparelho de sustentação de sua vida? O direito ao respeito à dignidade humana não requereria a ausência de qualquer tratamento desumano, violento ou vexatório? Deveria o direito curvar-se às novas conquistas da medicina? Como tornar legal a escolha entre a vida e a morte?

São questões altamente reveladoras do mais candente de todos os problemas: o da adequação entre o relativo e o absoluto. Isto porque há graus de relatividade, uma vez que há o interesse do paciente, de seus familiares, do profissional da saúde e da humanidade. Difícil é encontrar o critério de uma justa solução jurídica para os problemas acima levantados.

Como humanistas que somos, temos dado especial significado à vida e à dignidade humanas e sabemos quão difícil é avaliar temas polêmicos

como os apontados, com a expectativa de propor decisões do tipo sim ou não¹.

Como o paradigma válido para toda ciência é o de que o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano, coloca-se em xeque a questão do direito a uma morte digna, ante a possibilidade de situações em que ele pode ser ameaçado. Urge que se faça uma reflexão profunda sobre a compreensão desses problemas tão difíceis, delicados e polêmicos por envolverem aspectos ético-jurídicos, à luz do princípio geral do *primum non nocere*, que inspira a beneficência, isto é, a não-maleficência. Trata-se de um princípio ético-jurídico de cautela, contenção, alerta e prudência². Parece-nos que todos os pontos polêmicos levantados só poderão ser solucionados, adequadamente, se o direito positivo passasse a enfrentá-los com prudência objetiva, fazendo prevalecer o bom senso para a preservação da dignidade humana. Por tal razão, é preciso que o legislador e o aplicador do direito tomem consciência do grande papel a ser exercido numa avaliação segura das normas gerais e individuais que devem emitir e dos efeitos delas emergentes. Não se pode, portanto, admitir omissões, nem precipitações em torno de questões sobre a vida e a morte. A norma jurídica não pode desrespeitar a dignidade da pessoa humana. Além disso, qualquer decisão tomada deve considerar toda a humanidade e, qualquer que seja ela, envolverá sempre um risco, por ser este uma mera consequência da onisciência humana.

No século XXI é imprescindível que o legislador, o aplicador do direito e o jurista reflitam sobre esses tormentosos problemas ante o seu conteúdo altamente axiológico, sem olvidarem que o valor da dignidade da pessoa humana é o valor fonte legitimador de todo ordenamento jurídico³. A consciência jurídica atual, diante da indiferença de um mundo tecnicista e insensível, precisa ficar atenta à maior de todas as conquistas: o respeito absoluto e irrestrito pela dignidade humana, que passa a ser um compromisso inafastável e um dos desafios para o século XXI.

2. DIREITO DE MORRER, DIGNAMENTE: UM DESAFIO PARA O SÉCULO XXI.

Há quem tenha, como objetivo de garantir o direito a uma morte digna, defendido o *suicídio assistido*, para ajudar paciente irreversível a por um

¹ Consulte: John M. Opitz, O que é normal, considerado no contexto da genetização da civilização ocidental, *Bioética*, 1997, v. 5, n. 2, p. 132.

² Marcos de Almeida e Daniel Romero Muñoz, A responsabilidade médica: uma visão ética, *Bioética*, 1994, 2:149.

³ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988, p. 19, 20 e 79, Miguel Reale, *Pluralismo e liberdade*, cap. 2, nota 57, e p. 63 e 80.

fim a seu atroz sofrimento, atendendo à sua vontade de morrer de modo espontâneo⁴.

Apesar de vozes se levantarem a favor do suicídio assistido, é preciso lembrar que, de acordo com o Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana, os médicos não podem participar do suicídio de pacientes, mesmo em caso de morte certa e de atroz sofrimento. No Brasil, inadmissível seria não aceitar a acusação, sob a alegação de inexistência de norma, contra a assistência ao suicídio, pois a Constituição Federal de 1988 consagra o direito vida e o Código Penal a pune ao prescrever, no art. 122: “Induzir ou instigar alguém suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena – reclusão de 2 anos se o suicídio se consuma; ou reclusão de 1 a 3 anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único. A pena é duplicada”.

Em defesa do morrer com dignidade, há quem sustente a necessidade de admitir legalmente, em certos casos específicos, a *eutanásia ativa*, também designada *benemortália* ou *sanidicídio*, que, no nosso entender, não passa de um homicídio, em que, por piedade, há deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-se em regra, recursos farmacológicos, por ser a prática indolor de supressão da vida⁵.

Poder-se-ia falar em direito de antecipar a morte diante de uma agonia extremamente cruel e prolongada? Uma vida sofrida, seguida de dores insuportáveis, não estaria ferindo a dignidade humana e não justificaria o entender de que o direito à vida deixaria de ser o valor primordial tutelado constitucionalmente? Juridicamente haveria alguma diferença entre o ato de dar ao doente uma dose única e fatal de narcótico e o de ministrar tais doses gradativamente, elevadas, que conduzem à morte, por serem imprescindíveis para aliviar seu sofrimento?⁶

Perguntamos: se se permitisse a eutanasia voluntária, não se estaria abrindo uma porta para a involuntária? E, além disso, não haveria possibilidade de um diagnóstico errôneo ou, até mesmo, de abuso por parte de médico ou de familiares?

O Código Penal brasileiro apenas possibilita a redução da pena de um sexto a um terço, por ter havido homicídio por relevante valor social ou moral (art. 121, § 1º). Os Códigos Penais da Alemanha (art. 216), da Suíça (art. 114)

⁴ Sérgio Ferraz, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1991, p. 70 e 71; Quill, Cassel e Meier, *New England Journal of Medicine*, 1992, 327:138-84.

⁵ Sérgio Ferraz, *Manipulações*, cit., p. 67; Higuera, *Distancia y moral: experimento con el hombre*, Santander, 1973, p. 252; Caio Rosenthal, *Reflexões sobre a eutanásia nos tempos da Aids*, *Bioética*, 1:71-3.

⁶ Sérgio Ferraz, *Manipulações*, cit., 72-3.

e da Itália (art. 579) entendem, em disposições especiais, que a eutanásia é um homicídio atenuado em atenção ao motivo piedoso, mas não chegam a admitir a absolvição, nem o perdão judicial.

Lícito seria ao médico, em caso de comprovada necessidade e quando sua consciência não lhe oferece qualquer outra alternativa, antecipar a morte do paciente terminal, diante da insistência deste, para que possa morrer sem sofrer dores intoleráveis, em virtude de doença incurável, com anuência de sua família, em nome de uma morte digna⁷?

Deveras, como poderia ter o médico a missão de abreviar os dias de seu paciente? Não seria ele um cúmplice da morte? Seria possível a um profissional da saúde atenuar sofrimento retirando a vida, em caso onde se reconhece a irreversibilidade do quadro de paciente terminal? Poderia o médico, com permissão do paciente ou de seus familiares, antecipar a morte, ante a atrocidade do sofrimento e a inevitabilidade da morte?

O único objetivo da medicina é fazer o bem em prol da vida. Isso deve ser assim, ante o juramento de Hipócrates: “a ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho para induzir a perdição”. Logo, a eutanásia ou morte piedosa não envolve o direito de matar, sendo sempre um homicídio, mesmo que o paciente esteja condenado à morte próxima e em prolongamento sofrimento⁸.

Outros encontram na *ortotanásia*, ou seja, na ajuda dada pelo médico ao processo natural da morte, uma justificação ao morrer com dignidade, fundada em razões científico-humanitárias. Convém esclarecer que a *eutanásia passiva*, ou ortotanásia, é a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares. É o ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou sem prolongamento desproporcionado, mediante a suspensão de uma medida vital ou de desligamento de máquinas sofisticadas, que substituem e controlam órgãos que entram em disfuncionamento. Haveria na ortotanásia uma preservação do direito de morrer com dignidade? Não levantaria a interrupção terapêutica, que leva à morte, a questão da responsabilidade civil médica? Não se poderia falar em homicídio voluntário por parte do profissional de saúde? Será que há direito de matar paciente terminal ou mesmo de tomar decisões sobre a continuação ou interrupção de aparelho de sustentação vital⁹?

⁷ Consulte: E. Oliveira, O erro médico em questão, *Consulex*, n. 15, 1998; Antonio Chaves, *Direito à vida e ao próprio corpo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 67.

⁸ Genival V. França, *Direito médico*, 1996, p. 420.

⁹ Sérgio Ferraz, *Manipulações*, cit., p. 70.

Se o médico deve respeitar a vida humana, desde a concepção até a morte, utilizando seus conhecimentos em benefício do paciente, não podendo causar-lhe qualquer sofrimento físico ou psíquico. Não seria a eutanásia ativa, o suicídio assistido ou o ato de desligar aparelho de sustentação da vida uma má prática médica, pois direitos fundamentais do paciente, garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Ética Médica são o direito à vida e o direito de não ser morto pelo seu médico, mesmo estado em estado terminal?

Logo, parece-nos que proibido está o profissional da saúde de utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal. A *má prática médica* ocorre, portanto, quando o profissional da saúde desvirtua sua finalidade humanitária e atenta contra a dignidade do ser humano¹⁰. O médico não pode sustar nem diminuir a vida.

Pela *distanásia*, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é a morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exacerbado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte. Será que se deve insistir num tratamento útil, que leva à morte lenta com muito sofrimento na UTI?

É justificável, indaga Pessini¹¹, uma agonia programada por uma terapêutica inútil, utilizada para cumprir o dogma médico de que se deve fazer tudo pois conservar a vida do paciente? Deve ser admitida a interrupção de tratamento fútil, isto é, a suspensão intervenção médica ineficaz, que atinge, transitoriamente, o objetivo almejado, de modo que o doente logo volta à condição anterior, anulando o benefício atingido, tendo o condão apenas de prolongar o processo da morte?

Como, então, conciliar a seguinte verdade: não se deve manter artificialmente em UTI em paciente com reconhecida incapacidade de reversão de seu estado de saúde nem interferir para abreviar esse sofrimento?

O que é o direito de morrer com dignidade? Segundo Kubler-Ross, psicóloga americana, “morrer com dignidade significa ter permissão para morrer com seu caráter, com sua personalidade e com seu estilo”.

Como morrer com dignidade?

Será que se pode impor a alguém a utilização de recursos que possam causar-lhe sofrimento ou risco? Haveria licitude na renúncia de algum tratamento que visa apenas um prolongamento precário e penoso da vida? Tal recusa do paciente seria um suicídio ou uma aceitação de sua condição humana? É dever

¹⁰ Martin, *A ética diante do paciente terminal: leitura ético-teológica da relação médico-paciente terminal nos códigos brasileiros de ética médica*, São Paulo, 1993, p. 303-9.

¹¹ Léo Pessini, Distanásia: até quando investir sem agredir? *Bioética*, 1996, v. 4, n. 1, p. 31 e 43.

do médico ser sensível ao processo de humanização da morte e ao alívio do sofrimento, atenuando os horrores da agonia, devendo promover a dignidade do doente, administrando tratamento paliativo, como analgesia, mesmo que isso lhe apresse a morte, por ser portador de moléstia incurável, que não apresenta qualquer condição de prolongar sua sobrevivência, estando num processo de morte inevitável¹².

Se o acerto entre o mundo e o agir do humano vem do controle racional do agir dominado pela *phronesis* (sabedoria prática), como a Medicina deve portar-se para promover uma morte digna?

Como todo ser humano é mortal, deve-se aceitar, naturalmente, o declínio e a morte como parte da condição humana, pois não se pode, indefinidamente, evitar o óbito, por ser um mal que fatalmente ocorrerá, havendo moléstia invencível. É preciso dar ênfase ao paradigma de cuidar e não de curar, procurando aliviar o sofrimento. É necessário que se aceite a morte e que se tenha por objetivo restauração da saúde¹³. O ser humano pode ser curado de uma doença mortal, mas não de sua mortalidade.

É preciso se convencer de que, além do não matar e do não adiar simplesmente a morte, está o desafio de aprender a amar o paciente terminal. O papel do médico é curar, quando for possível, assistir sempre com paciência e amor.

O médico deve empregar meios ordinários que tragam conforto e alívio à dor do paciente terminal, sem praticar omissão do socorro ou eutanásia, não lhe impondo sofrimentos adicionais. Com isso, admitida está a filosofia do *hospice*, que torna viável a medicina paliativa, honrando a dignidade do ser humano.

Essa filosofia encara o “estar morrendo” (*dying*) como um processo normal e busca uma melhor qualidade de vida ao paciente, controlando sua dor. O *hospice* procura atender as necessidades físicas, emocionais e sociais do doente, respeitando sua integridade, ao dar continuidade ao tratamento. Para tanto, busca manter o paciente terminal livre da dor, para que possa morrer com dignidade, dando possibilidade a ele ou a seus familiares de decidir sobre a recusa, ou não, de qualquer intervenção tecnológica extraordinária prolongadora da vida¹⁴, dando liberdade de escolha na procura da qualidade de vida no processo de morrer.

A autonomia científica deverá terminar quando estiver em jogo o direito à vida de outrem, pois há prioridade da pessoa humana sobre qualquer interesse da ciência sobre qualquer interesse da ciência, que somente terá sentido se estiver a serviço do homem.

¹² Genival V. de França, Direito médico, cit., p. 429.

¹³ Horta, Paciente crônico, paciente terminal, eutanásia: problemas da morte e do morrer, in *Desafios éticos*, coord. Assad, 1992, p. 219-28.

¹⁴ Pessini, *Morrer com dignidade: como ajudar o paciente terminal*, 1995.

3. QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL E DO TESTAMENTO DE EMERGÊNCIA.

O art. 1.879 do Código Civil de 2002 apresenta inovação no direito brasileiro ao admitir o *testamento particular de emergência*, dispondo que: “Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.”

Pelo art. 1.879, em casos excepcionais, extraordinários ou emergências (desastre, pandemia, incêndio, revolução, terremoto, inundação, princípio de AVC, internação em UTI, mal súbito, sequestro, avião em pane ou qualquer outra situação em que o testador esteja em situação anormal e em risco iminente e grave de perder a vida, ou ainda, em circunstância em que é impossível a intervenção testemunhal por não haver pessoas de sua confiança ou até mesmo pela ocorrência da ausência de testemunhas, ante o fato de o testador morar em local desabitado ou ermo) declarados na célula, o testamento particular escrito de próprio punho e assinado pelo testador em risco de perder a vida, sem testemunhas, poderá, ser confirmado a critério do juiz, que poderá, se quiser, valer-se de perícia. Trata-se de *testamento emergencial (nottestament)*, ou particular excepcional (forma simplificada de testamento particular), de que poderá lançar mão o testador, que se encontra numa situação inusitada.

Portanto, o *testamento emergencial* é um negócio jurídico *mortis causa*, unilateral, irrevogável, extraordinário e motivado que pressupõe ocorrência de circunstâncias excepcionais e graves, sendo modalidade especial do testamento particular, por dispensar a presença de testemunhas e requerer confirmação judicial.

Para a *validade* da facção testamentaria de emergência será preciso que:

1. o *disponente*: a) o haja redigido de próprio punho em qualquer tipo de material (papel, pano etc.), tendo consciência e coordenação motora; b) o tenha assinado, possibilitando assim sua identificação como autor da herança; c) esteja enfrentando circunstância excepcional ou anormal que o impeçam de fazer uso de formas ordinárias (pública, cerrada ou particular) ou especiais de testamento (marítima, aeronáutica ou militar), ou situação em que é impossível a intervenção testemunhal por não haver pessoa de sua confiança ou até mesmo pela ocorrência de ausência de testemunhas. O testamento de emergência será cabível sempre que for inviável a forma ordinária de testamento ou quando se configurar caso em que o testamento especial não for aplicável e d) declare, mesmo de forma abreviada, na cédula testamentária a situação extraordinária, que se encontra no momento da sua redação (TJMG – 5º Câmara Cí-

vel 1002403109855-1/001 - rel. des. Nepomuceno Silva, j-30-9-2004 - no mesmo teor: TJSP - Apel. Cível com revisão 434.146-4/0-00: Testamento - Particular - Excepcional - Documento lavrado de próprio punho quando a iminência de o disponente, temeroso de vir a falecer, ser submetido a cirurgia - Validade - Excepcionalidade devidamente declarada, consistente no temor da morte quando do procedimento cirúrgico - Ausência da identificação das testemunhas - Irrelevância - Dispensa das mesmas pelo art. 1.879 do CC - Recurso provido). Deveras, o testador deverá obrigatoriamente, mesmo resumidamente, consignar na cédula o fato anômalo e aflitivo ou desesperador que o levou a redigi-la.

2. o juiz o confirme, a seu critério, após a morte do testador, mediante procedimento de jurisdição voluntária, suprimindo a ausência de testemunhas. Exige-se a confirmação judicial do testamento emergencial pois o órgão judicante, a seu critério, deverá averiguar se é possível ou não reconhecer se tal facção testamentaria preenche todos os requisitos exigidos por lei, apresentado condições para ser efetivamente executado. Para tanto deverá verificar: a) se o testador realmente não podia fazer uso das formas ordinárias ou das especiais de testamento por encontrar-se em situação de excepcional gravidade; b) se a justificação apresentada pelo autor da herança na cédula pode ser acolhida pela sua extraordinariedade. Deveras já se decidiu que “não verificada qualquer circunstância excepcional a autorizar o testamento de emergência (CC, art. 1.879), deve a sua confirmação ser recusada” (TJGO, 5^a Câmara Cível - Ap. 152.208-1/188 - proc. 2009-91999479- rel. des. Alan de S. Conceição, j. em 8-4-2010). Isto porque a circunstância absolutamente excepcional é a *ratio* desse testamento emergencial. Portanto, é preciso que haja firme convicção do magistrado sobre a motivação assinalada pela declarante na cédula testamentária, visto que pode ocorrer que não se considere a circunstância descrita como excepcional apesar de ser aflitiva para o testador, hipótese em que não ordenará o cumprimento do ato de última vontade.

O convencimento do juiz deverá ter como parâmetro a prudência objetiva, o bom senso, a equidade e os fins sociais. Assim, sendo, a requerimento do herdeiro, legatário ou testamenteiro (CPC, art. 1.130), o magistrado, portanto, atua após o óbito do testador, no âmbito do procedimento de jurisdição voluntária e examina apenas os requisitos extrínsecos do testamento (TJSP - Ap. 241-523-4/0-00 - rel. des. Sebastião Garcia - 6^a Câmara de Direito Privado, j. em 6-8-2009), já que sua decisão tem caráter meramente homologatório. Além disso, deve dar prazo para a manifestação dos interessados a respeito daquelas formalidades extrínsecas e de dúvidas quanto à capacidade, formalidade intrínseca ou conteúdo, logo, dever-se-á examinar o caso por meio de ação específica.

Preenchidos todos os requisitos e confirmada, a critério do julgador a excepcionalidade da situação, o testamento de emergência passará a ter eficácia. Mas se o testador, meses depois sobreviver ou puder testar sob a forma ordinária tal testamento não poderá prevalecer. Ante a ausência de prazo legal para sua caducidade, convém lembrar que esse testamento por ser excepcional e por aproximar-se de formas especiais, terá sua eficácia afastada se a morte do testador não se der até 90 dias após sua elaboração, aplicando-se por interrupção extensiva as normas atinentes à caducidade dos testamentos especiais, pois a enfermidade é um dos caracteres do testamento excepcional.¹⁵

¹⁵ BGB, §§ 2249: “*Si si teme que el causante fallecerá antes de que sea posible el otorgamiento de un testamento ante notario, éste puede otorgar testamento por acta ante el alcalde del municipio en el encuentro. El alcalde debe convocar a dos testigos para el otorgamiento del documento público [...] también se puede otorgar testamento ante quien, según las disposiciones legales, está facultado para representar al alcalde o al presidente de la entidad local menor (...)*” e 2.250: “*Quien se encuentra en un lugar que, como consecuencia de circunstancias extraordinarias, se halla incomunicado de tal manera que el otorgamiento de un testamento ante un notario es imposible o muy difícil, puede otorgar testamento en la forma prevista en el § 2249 o mediante declaración oral ante tres testigos. Quien se encuentra en peligro de muerte tan extremo de modo que previsiblemente tampoco es posible el testamento mediante declaración oral ante tres testigos [...]”*. O direito alemão (BGB, §§ 2249 e 2250) admite o testamento de emergencia (*Nottestament*) que pode dar-se perante alcaide municipal, na presença de duas testemunhas, havendo perigo de morte ou isolamento do testador, sendo impossível efetuar a deixa perante notário. Pelo CC francês, art. 985: “*Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse pourront être faits devant le juge de paix ou devant l'un des officiers municipaux de la commune en présence de deux témoins. Cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades*”. Assim por este diploma legal o testamento realizado em local com comunicação cortada por causa de peste ou outra enfermidade contagiosa poderá dar-se perante o juiz de tribunal de instância ou funcionário municipal na presença de duas testemunhas. Mas caducará (CC francês, art. 987) seis meses depois de que se tiverem restabelecido as comunicações com o lugar em que se encontre o testador ou seis meses após ele haver chegado a um local em que não estiverem interceptadas. Dispõe sobre o assunto o Código Civil suíço: a) “*art. 506: 1. Le testament peut être fait en la forme orale, lorsque, par suite de circonstances extraordinaires, le disposant est empêché de tester dans une autre forme; ainsi, en cas de danger de mort imminente, de communications interceptées, d'épidémie ou de guerre. 2. Le testateur déclare ses dernières volontés à deux témoins, qu'il charge d'em ou faire d'en dresser ou acte. 3. Les causes d'incapacité des témoins sont les mêmes que pour le testemanet public. b) art. 507: 1. L'un des témoins écrit immédiatement les dernières volontés, les date en indiquant le lieu, l'année, le mois et le jour, les signe, les fait signer par l'autre témoin et tous deux remettent cet écrit sans délai entre les mains d'une autorité judiciaire, en affirmant que les testateur, qui leur a paru capable de disposer leur a déclaré ses dernières volontés dans les circonstances particulières où ils les ont reçues. 2. Les deux témoins peuvent aussi en faire dresser procès-verbal par l'autorité judiciaire, sous la même affirmation que ci-dessus. 3. Si les dernières dispositions émanent d'un militaire au service, un officier du rang de capitaine ou d'un rang supérieur peut remplacer l'autorité judiciaire. c) art. 508: “Le testament oral cesse d'être valable, lorsque quatorze jours se sont écoulés depuis que le testateur a recouvré la liberté d'employer l'une des autres formes”*”. Na Suíça (CC, arts. 506 a 508) havendo perigo de morte, epidemia, guerra, interceptação de comunicação, o testamento poderá ser feito oralmente perante duas testemunhas sendo que uma delas deverá documentar as declarações feitas, reduzindo-as a escrito para entregar à autoridade judiciária

competente, afirmando que o testador era capaz. A Itália admite forma testamentária similar à emergencial, pois reza o art. 609 do seu Código Civil que: “*Quando il testatore non può valersi delle forme ordinarie (601 e seguenti), perché si trova in luogo dove domina una malattia reputata contagiosa, o per causa di pubblica calamita o d'infortunio, il testamento è valido se ricevuto da um notario, dal pretore o dal conciliatore del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a sedici anni. Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve; è sottoscritto anche dal testatore e daí testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa*”. Não podendo o autor de herança utilizar-se das formas ordinárias por estar em local infestado por moléstia contagiosa ou de onde tenha ocorrido uma calamidade pública, válido será seu testamento se for recebido pelo tabelião, conciliador ou síndico ou por ministro religioso, na presença de duas testemunhas maiores de 16 anos de idade. Tal testamento deverá ser redigido e assinado por quem o recebe, pelo testador e pelas testemunhas e caducará (CC, art. 610) após três meses da cessação da causa que impediu o testador de valer-se das formas ordinárias. Se o testador falecer no intervalo, o testamento deverá ser depositado no arquivo notarial do local onde foi recebido. No direito espanhol poderá haver testamento sem necessidade de notário ou tabelião nas hipóteses em que o testador se encontre em perigo iminente de morte ou em local infestado por epidemia, desde que cinco testemunhas idôneas presenciem sua feitura. E caducará após dois meses da cessação da causa que o motivou (CC, art. 700, 701, e 703). Reza, por sua vez, o Código Civil português, art. 2220º: 1. Se qualquer pessoa estiver inibida de socorrer-se das formas comuns de testamento, por se encontrar em lugar onde grasse epidemia ou por outro motivo de calamidade pública, pode testar perante algum notário, juiz ou sacerdote, com observância das formalidades prescritas nos artigos 2211º ou 2212º. 2. O testamento será depositado, logo que seja, possível, na repartição notarial ou em alguma das repartições notariais do lugar onde foi feito.” E pelo art. 2222º, n. 3, perderá sua eficácia decorridos dois meses do término da motivação que impediu o testador de dispor *causa mortis* segundo as formas comuns. Se falecer antes do transcurso desse lapso temporal, válido é o testamento. O Código Civil argentino permite testamento para situações anômalas (peste ou epidemia), que dificultem o acesso a tabelião e a testemunhas ao dispor no art. 3689: “*Si por causa de peste o epidemia no se hallare en Pueblo o larazeto, escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, com las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público.*” Há exigência de que se o faça perante funcionário municipal. A lei argentina requer isolamento do local, afetado por doença epidêmica contagiosa, inexistência de escrivão e impossibilidade de locomoção do testador. Sem embargo disso, alguns civilistas, como Zanonni, têm entendido que: “*Creemos que las mismas razones que justifican la previsión para el caso de peste o epidemia – en la actualidad mucho menos frecuentes que en el siglo pasado gracias a los avances de la medicina y de la higiene – autorizan a recurrir a este modo excepcional de testar por acto público los casos de inundaciones, terremotos etc., que impliquen privar a una zona de sus comunicaciones y al testador otorgar testamento por acto público, por no existir en ella un e escribano público autorizante... En lo relativo al jefe del lazareto, será habitualmente el director del hospital em que el testador se encuentra internado o recluido*”. Vários países admitem testamento simplificado, reduzindo formalidades, mas exigem intervenção de testemunhas ou de alguma autoridade. Também o admitem: o Código Civil paraguaio, art. 2666: “*Si em caso de epidemia grave no hubiere en una población escribano ante el cual pueda otorgarse testamento, podrá hacerse ante un miembro de la Junta Municipal, um Sacerdote o el Director del Hospital o Centro de Salud*”; CC mexicano, art. 1565: “*El testamento privado esta permitido en los casos siguientes: I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra notario a hacer el testamento; II. Cuando no haya notario o juez, en la población, o juez que actue por receptoría; III. Cuando, a aunque haya notario o juez, en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento; IV. Cuando los militares o assimilados del ejército entren en campana e encuentren prisioneros de guerra*”; CC chileno, art. 1035: “*El testamento verbal no tendrá lugar sino en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o*

O “*testamento vital*” difere do testamento emergencial por ser ato *inter vivos*, que gera consequências jurídicas ante do óbito do disponente.

Pelo Enunciado n. 527, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal na V Jornada de Direito Civil: “É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar sua vontade”.

E a Resolução do CFM n. 1.995/2012 ante a falta de regulamentação das *diretrizes antecipadas da vontade do paciente*, a necessidade de disciplinar a conduta do médico em face destas e o fato de os novos recursos tecnológicos, que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, terem sido antecipadamente rejeitados por ele, traça diretrizes éticas.

Para tanto definiu, no art. 1º, as diretrizes antecipadas de vontade como “um conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente sua vontade”. Se assim é, havendo decisão sobre cuidados e tratamentos do paciente que não mais puder exprimir sua vontade, o médico deverá considerar suas diretrizes antecipadas de vontade (art. 2º, *caput*), pois estas deverão prevalecer sobre “qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (art. 2º,

“*tiempo de otorgar testamento solemne*”. Art. 811 do Código Civil uruguai: “*El que por efecto de un ataque o accidente respertino, se hallare en peligro inmiente de la vida y en paraje donde no hubiere Escribano que autorice su testamento, podrá otorgarlo por escrito ante tres testigos, de los cuales dos por lo menos sepan firmar. El que se encuentre en una población incomunicada, por razón de peste u otra enfermedad contagiosa, podrá asimismo testar como en el caso del anterior inciso o bien ante un Escribano y dos testigos que sepan firmar. El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de este articulo quedará de todo punto ineficaz pasados ciento ochenta dias desde que el testador hubiere salido del peligro de muerte, se hubiere abierto la comunicación o pasado o otro Pueblo o lugar donde pudiese hacer testamento solemne*”; art. 976, 1, do Código Civil japonês: “*Quando uma pessoa se encontra em eminente perigo de morte, por enfermidade ou outra coisa, poderá outorgar testamento manifestando oralmente sua última vontade a uma das três testemunhas presentes*”. Sobre *testamento emergencial* consulte: Zeno Veloso, *Código Civil comentado* (coord. Regina B. T. da Silva), São Paulo, Saraiva, 2011, p. 2011 e 2012; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, v. 59, p. 286; José Carlos T. Giorgis, *Notas sobre testamento particular excepcional*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 43:5-12; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, v. 6, 2020, p. 263 a 266. Testamento emergencial e testamento vital: um paralelo, *10 anos do Código Civil Brasileiro de 2002* (coord. Cassettari) SPaulo, Saraiva, 2013, p. 612 a 628; Maria Helena. B. Danelluzzi, *As implicações da Covid-19 no direito civil, As consequências da Covid-19 no direito brasileiro* (coord. Warde e Valim). SPaulo, Contracorrente, 2020, p. 137. Manfré, *Testamento de emergência*, tese de doutorado, apresentada na PUCSP; Silvio de S. Venosa, *Direito civil*, São Paulo, Atlas, v. 7, p. 228; Marty e Raynaud, *Droit civil, les successions et les libératités*, Paris: Sirey, 1983, v. 2, t. 4, p. 430; Massimo C. Bianca, *Diritto civile: la famiglia le sucesioni*, 3. ed., Milano Giuffrè, 2001, v. 2, p. 678; Luís Roca-Sastre Muncunill, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosh, 1995, v. 1, p. 183 e 184; Zannoni, *Derecho civil: derechos de la sucesiones*, Buenos Aires, Ashcén, 2008, v. 2, p. 345.

§ 3º), e além disso, se lhe foram diretamente comunicadas pelo paciente, as registrará no portuário (art. 2º, § 4º).

O testamento vital não é, na verdade, um testamento, mas um ato *inter vivos*, e o testamento emergencial é um ato *causa mortis*, é forma simplificada de testamento particular admitida em hipóteses excepcionais.

4. DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: POLÊMICAS ÉTICO-JURÍDICAS.

Como vimos alhures a Resolução CFM n. 1.995/2012 no seu art. 1º define diretivas antecipadas da vontade com “um conjunto de desejos, prévia a expressamente manifestados pelo paciente sobre tratamento que quer, ou não, receber no momento em que não puder expressir sua vontade”. Trata-se do chamado “*testamento vital*”.

O paciente determina, se o quiser, verbalmente ou por escrito, preferencialmente, na presença de testemunhas:

- a) o *tratamento* que pretende receber se portador de doença terminal;
- b) o *repúdio* a internação fútil; sonda de alimentação enteral; uso de máquinas de hemodiálise; internação em UTI, se não tiver chance; reanimação em hipótese de parada cardíaca ou respiratória;
- c) o *desligamento* de aparelho de sustentação vital etc.

O médico (art. 2º § 3º, da Resolução CFM n. 1.995/2012) deverá considerar tais diretivas, visto que prevalecem sobre qualquer outro parecer não médico ou de familiares. Se forem feitas verbalmente, o médico registrá-las no portuário (art. 2º, § 4º).

Estas normas levantam questões polêmicas ético-jurídicas, tais como:

- a) Teria o paciente direito de optar pelo tratamento a ser seguido? Poderia ele solicitar a remoção de aparelho de sustentação vital? Como ficaria a autonomia da vontade do médico, como profissional da saúde? Como tornar legal a escolha entre a vida e a morte?
- b) Como determinar a futilidade de um tratamento, se terapia, considerada fútil hoje, pode ser a cura no porvir? Se a eutanásia ativa é homicídio, apesar do praticado por piedade poderia gerar direito de matar? Admitir aquelas diretivas não seria o mesmo que aceitar a legalização do suicídio assistido e do homicídio piedoso?
- c) Seria lícito ao médico antecipar a morte de paciente terminal em razão de cláusula em testamento vital ou de pedido de familiares? Haveria licitude na renúncia de algum tratamento ou no desligamento do

tubo respiratório ou alimentador? Seria lícita a ordem de não reanimar, havendo parada cardíaca?

- d) Não haveria o direito de defender a pessoa humana de si mesma, visto que o direito à vida não é um direito de propriedade, por ser verdade um direito subjetivo *excludendi alios*, ou seja, o de defendê-la contra ato lesivo de qualquer pessoa, inclusive do próprio titular?
- e) Como, diante do ordenamento jurídico, acatar a eutanásia passiva (ortotanásia) que é eutanásia por omissão, p. ex., deixa de usar medicamentos ou medidas que aliviem a dor; não utilizar meios artificiais para prolongar vida de paciente comatoso, por solicitação dele, feita em testamento vital, ou de familiares?
- f) Se em muitas doenças, não há segurança no diagnóstico, se o prognóstico é provável ou incerto, como retirar tratamento vital ou deixar de fazê-lo a pedido de paciente?
- g) Interrupção terapêutica que conduz à morte não levantaria a questão da responsabilidade civil e criminal do médico?
- h) Haveria amparo legal e constitucional à Resolução do CFM n. 1.995/2012? Não seria inconstitucional por violar o direito à vida (art. 5º da CF), mesmo com o objetivo de atender ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao da liberdade de autodeterminação do paciente de escolher entre a vida e a morte? Teria ela força para alterar a Constituição Federal, o Código Civil e o Código Penal? Poderia uma norma inferior (Res. CFM n. 1.995/2012) sobrepor-se à Constituição Federal, ao Código Civil e ao Código Penal? Como o testamento vital poderia ter validade, se o seu objeto é ilícito?
- i) No conflito entre dois direitos da personalidade, qual prevaleceria? O direito à vida ou o da liberdade do paciente? Qual seria o mais forte? Não seria o de viver?
- j) Se ninguém pode dispor de sua própria vida, como o médico, representante ou perante poderia fazê-lo?
- k) Se o paciente terminal já manifestou sua vontade de não ser mantido artificialmente para o caso de entrar na sua vida vegetativa, deve ela ser atendida? O médico poderia desligar o aparelho de sustentação vital, se o paciente estiver em coma, apresentando rebaixamento de nível de consciência, sendo possível sua melhora? E se estiver em estado vegetativo persistente, em razão de dano neurológico irreversível, com perda da capacidade de comunicação e consciência?
- l) Seria válida a manifestação escrita sobre as previdências a serem tomadas, isentando médico da responsabilidade civil e criminal? Como admitir a validade da excludente de responsabilidade?

- m) Se a Resolução CFM (art. 2º, § 1º) permite ao paciente designação de representante para, em caso de sua incapacidade, traçar as diretrivas de seu tratamento, essa nomeação de responsabilidade legal de curador para cuidar da saúde, com poder decisório sobre a vida e a saúde alheia, mediante mera comunicação dessa decisão ao médico, poderia ter eficácia e validade jurídica, diante da norma constitucional e do Código Penal? Não seria, como entendem alguns autores, mais recomendável a indicação de 3 ou 5 procuradores da saúde ou da vida, para que se tenha decisão, por voto da maioria, sobre o tratamento mais próximo da “vontade” do paciente? Como garantir, em caso de mandato por incapacidade do paciente, a fiel execução de seus desejos? Como se nomeia esse curador? Qual seria seu papel? Verificar se a ordem dada pelo paciente está sendo cumprida ou decidir por ele, ante sua incapacidade? Seria necessário atestado médico ou ato judicial confirmando a incapacidade do paciente para que seu curador possa atuar?
- n) Se, pela Resolução n. 1.995/2012 do CFM, não houver diretriva, nem representantes, ou se estes últimos não forem unânimes, o médico deve fazer uso do Comitê de Bioética do hospital, da Comissão de Ética Médica do hospital ou do Conselho Regional e Federal da Medicina para fundamentar sua decisão, seria lícito, pelo ordenamento jurídico, que órgão colegiado decida sobre a saúde, vida ou morte de alguém?
- o) Se aparecem problemas psíquicos, provocados pela perturbação mental do doente com a proximidade da morte ou pela informação da gravidade da doença, poderia ser válida a decisão por ele exarada nas diretrivas? O direito do ser humano à autonomia da vontade gera a obrigação dos demais de respeitá-lo, acatando a decisão tomada pelo titular do direito sobre seu plano de vida e ação. Esse respeito à autodeterminação fundamenta-se no princípio da dignidade da natureza humana, atendendo-se ao imperativo categórico kantiano de que o ser humano é um fim em si mesmo. Mas será que essa autonomia individual pode ser omnímoda ou total? Pode sofrer ela alguma restrição de ordem social ou jurídica? Essa liberdade de consentir não pode ser prejudicada por defeitos no controle decisório provocados por condições psíquicas em que se encontra a pessoa, por transtornos mentais ou por intoxicações de substâncias químicas? Poder-se-ia exaltar esse poder decisório do doente, ante o fato de que a autonomia de sua vontade pode ser uma arma contra ele mesmo, porque a decisão, em regra, vale conforme o seu grau de esclarecimento ou informação?
- p) Se o durante o tratamento surgirem descobertas terapêuticas e o paciente, que já determinou sua vontade, estiver inconsciente, sua vontade deveria ser cumprida, se ele não designou curador em vida?

- q) Que medida se deve seguir quando a decisão outrora tomada pelo paciente não for consentânea com o quadro clínico apresentado pela sua moléstia?
- r) O que fazer se o médico, por motivos éticos, recusar-se, apesar da ordem antecipada do paciente, a suspender o tratamento?¹⁶

São questões que, por serem ético-jurídicas, revelam a dificuldade para se encontrar um caminho que traga uma resposta justa.

Tais diretrizes não são absolutas, visto que, pelo Resolução n. 1.995/2021 do CFM (art. 2º, § 2º), o médico poderá opor-se ao desejo do doente, que requer a prática da eutanásia, por ser contrário aos preceitos do Código de Ética ou aos ditames de sua consciência. Resguardando está, portanto, o direito de objeção de consciência do médico.

5. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO: RELEVÂNCIA JURÍDICA.

Como vimos, há quem defenda a necessidade de legalizar, em certas hipóteses, a *eutanásia ativa*, que, não passa de um homicídio, em que, há deliberação piedosa de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus parentes.

O médico, em caso de comprovada necessidade e quando sua consciência não lhe oferece qualquer outro meio, poderá antecipar a morte do paciente terminal, diante de cláusula em testamento vital, com consenso de sua família? A relação médico-paciente não ficaria seriamente abalada pela terrível suspeita: a próxima injeção seria curá-lo ou para matá-lo?

O Código de Ética Médica do Brasil, veda ao médico a utilização, em qualquer caso, de meios designados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal. A eutanásia não traz o direito de matar, mesmo que o paciente esteja condenado à morte.

Maggiore assevera, acertadamente: “A consciência ético-jurídica não admite que um terceiro se levante como juiz do direito de outrem à vida e se torne cumplice ou auxiliador de sua morte”. Ao que completa Genival V. de França: “Ao defender-se, intransigentemente, a vida humana e se punir, in-

¹⁶ Diniz, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 391-440. Breve reflexão sobre a Resolução CFM n. 1.995/2012 relativa às diretrizes antecipadas da vontade, *Atualidades Jurídicas* (coord. M. H. Diniz) SPaulo, Saraiva, 2013, vol. 6, p. 163 a 168. França, Genival V. da. *Direito médico*. São Paulo, 1996, p. 420 e s. Horta, Márcio P. Eutanásia – problemas éticos da morte e do morrer, *Bioética*, 7:29. Lopes, Adriana D.; Cuminale, Natália. O direito de escolher. *Veja* (13-9-2012), p. 98-106. Matin, A ética médica diante do paciente terminal, São Paulo, 1993, P. 303-9. Pessini, *Morrer com dignidade*: como ajudar o paciente terminal, 1995.

condicionalmente, qualquer forma de homicídio piedoso, cria-se um direito: o direito de defender a pessoa humana de si mesma. O direito sobre a vida não é um direito de propriedade. Há apenas uma probabilidade de disposição. Dispõe-se de uma prerrogativa não absoluta sobre a vida".

Outros vislumbram, como já vimos, na *ortotanásia* ou peraeutanasia, ou seja, no auxílio dado pelo médico ao processo natural da morte, uma justificação ao morrer com dignidade, fundada em razões humanitárias. Convém, lembrar que a *eutanásia passiva*, ou *ortotanásia*, é a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa mesmo que haja testamento vital. O Conselho Federal de Medicina baixou Resolução (proposta pela Câmara Técnica sobre Terminalidade da vida) n. 1.805/2006, aprovando o procedimento da ortotanásia em paciente terminal ou incurável, poupando-o de tratamento inútil ou doloroso, invocado o art. 5º, III, da CF de ninguém deve ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante. Pela Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, a ortotanásia deverá ser fundamentada e registrada no prontuário médico. Na ortotanásia, não há deliberação de provocar a morte, mas cessação de ato que venha a prolongar a vida.

Se, em 30% das doenças, não se consegue estabelecer com segurança o diagnóstico, e se o prognóstico é elaborado por meio de estimativa da probabilidade de um futuro desfecho fatal, sendo, por isso, incerto, como admitir a retirada ou a não oferta de suporte vital, mesmo que solicitadas pelo paciente em "testamento vital" ou por ser representante?

Será que a ortotanásia atenderia ao direito de morrer com dignidade? Tal a interrupção terapêutica, que acaba por levar à morte, não levantaria o problema da responsabilidade civil do médico, ante o Código de Ética Médica brasileiro de que: "o médico guardará absoluto respeito pelo ser humano, e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade"? Não haveria prática de homicídio voluntário por parte do médico? Seria lícito retirar a vida daquele que sofre? Em quais casos? Quando? Como? E sob quais condições? Haverá amparo legal e constitucional à Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina ao projeto aprovado em 2 de dezembro de 2009 pelo CCJ do Senado brasileiro, que visa permitir a retirada de equipamentos ou remédios que prolongam a vida de doente terminal, com o consenso do paciente, de seu cônjuge ou parente e a Resolução n. 1.995/2012 do CFM que rege as diretivas antecipadas de vontade do paciente? Não seriam inconstitucionais por desrespeitarem a vida, além de violarem princípios de ética médica?

Não seriam tais Resoluções inconstitucionais por violarem o art. 5º da CF/88 (cláusula pétrea), que resguarda o direito à vida, mesmo que tenha por escopo atender ao princípio do respeito à dignidade humana (CF/88, art. 1º, III) e ao da liberdade de autodeterminação ou escolher entre a vida e a morte? Havendo conflito entre dois direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, qual deverá prevalecer? O direito à vida ou direito à liberdade? Qual desses direitos é o mais forte? Não seria o direito de viver? Se ninguém pode dispor de sua própria vida, terceiro (médico ou representante legal) teria legitimidade jurídica para fazê-lo? Seria lícita a limitação do tratamento, interrompendo-se medicação ou deixando-se de conectar a pessoa doente a aparelho de sustentação vital quando não houver mais sentido em prolongar sua vida, visto que pela ciência médica sua morte é tida como iminente e inevitável? Teriam aquelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina o poder de modificar a Constituição Federal e o Código Penal legalizando a ortotanásia?

Se a Constituição Federal, no art. 5º, caput, consagra o direito à vida, como se poderia admitir a licitude do desligamento de tubo respiratório ou alimentador, ainda que tal ato tenha sido autorizado judicialmente ou previsto pelo próprio paciente em testamento vital? Haveria licitude na renúncia de algum tratamento que visa apenas um prolongamento precário e penoso da vida? Tal recusa do paciente seria um suicídio ou uma aceitação de sua condição humana?

A ordem de não reanimar, ou seja, a não adoção de medidas de reanimação, somente por ocasião de uma parada cardiorrespiratória em paciente terminal sem condição de sobrevida, desde que familiares ou o próprio doente (verbalmente ou por meio de testamento vital) se tenham manifestado nesse sentido, deve ser obedecida pelo profissional da saúde para evitar distanásia ou tratamentos fúteis ou desproporcionados? Seria lícito o ato de não se opor a uma parada cardiorrespiratória em paciente cuja morte é inevitável, por não ter condição de sobreviver, para evitar seu desgaste emocional ou tratamento fútil e para distribuir recursos médicos a doentes que deles possam beneficiar-se? Se com a parada cardiorrespiratória não há morte definitiva, por existirem técnicas que podem manter a circulação e a respiração, haveria licitude naquela atitude acima descrita? Só um consentimento esclarecido pode garantir a autonomia do paciente, por estar ela ligada à racionalidade, isto é, à capacidade de pensar, decidir e agir de modo livre e consciente sobre questões alusivas à saúde.

Pode haver consentimento prévio do paciente sobre seu destino? É possível falar em autonomia do paciente terminal? Teria o doente direito de se manifestar, antecipadamente, sobre a recusa ou aceitação do uso de sofisticada aparelhagem de uma UTI, sem esperança de recuperação? É juridicamente possível que o paciente venha a preestabelecer o tratamento médico a ser aplicado,

prevendo sua própria inconsciência em caso de doença incurável? Ficaria o paciente terminal sempre sujeito a decisões alheias?

Nos Estados Unidos, em 1991, aprovou-se uma lei sobre autodeterminação do paciente (*The Patient Self-Determination Act - PSDA*), redimensionando o princípio da autonomia do paciente terminal que tenha manifestado previamente sua vontade de recusar tratamento.

Por entendermos a utilidade dessa norma americana para a solução de muitos problemas, passamos aqui a apontar alguns de seus efeitos, que podem ser aproveitados relativamente à Resolução do CFM n. 1.995/2012.

Pelo PSDA os hospitais têm o dever de informar seus pacientes, no momento de sua admissão, sobre seu direito de aceitar ou recusar tratamento. Para tanto, propõe-se o PSDA a: a) garantir o direito do paciente à autodeterminação e à participação nas decisões relativas ao cuidado da sua saúde; b) estimular pacientes a exigir seus direitos e a formular suas objeções de consciência no que disser respeito à sua vida; e c) recomendar o uso de ordens antecipadas (*advance directives*) para o tratamento.

Com isso, o doente teria participação no período de crise da trajetória de sua moléstia e o respeito à sua opção.

Pelo PSDA a pessoa em estado de lucidez poderia decidir sobre si própria quanto a uma possível doença incurável de três modos: a) manifestação explícita da própria vontade (*living will*), relativa às providências a serem tomadas, indicadas, anteriormente, em documento escrito pelo próprio paciente, recusando possíveis tratamentos a serem aplicados quando estiver inconsciente ou em situação terminal, caso em que essa norma reconhece a imunidade civil e criminal do médico que vier a suspender o tratamento, determinando que não seja utilizada medida terapêutica considerada inútil. Seria uma modalidade de “testamento” pelo qual o paciente dispõe sobre a manutenção artificial da vida em caso de perda de consciência. Poder-se-ia admitir esse testamento vital, ou seja, essa decisão da própria morte, evitando-se excessos terapêuticos voltados ao prolongamento artificial da vida? Se esse ato for redigido em hospital, não poderiam surgir discussões sobre a capacidade mental do doente, em razão de estar perturbado pela proximidade da morte ou pela informação da gravidade da moléstia? Bastaria, para dirimir quaisquer dúvidas, que se obtivesse do paciente um atestado no qual reconheça que foi informado de seu estado e dos possíveis tratamentos e que a decisão tomada foi livre e consciente? b) poder permanente do responsável legal ou curador para cuidado da saúde (*durable power of attorney for health care*), que não é o advogado profissional, mas o que está investido do poder legal de representar o paciente, tomando decisões relativas a sua saúde e comunicando-as à equipe médica. No Brasil pela Resolução CFM n. 1.995/2012, art. 2º, § 1º, se o paciente designar representante para traçar, em caso de seu tratamento, suas informações deverão ser consideradas

pelo médico. Trata-se similarmente do *mandato em caso de incapacidade*, contemplado também pelo Código Civil de Quebec (Canadá), arts. 1.701 e seguintes, que confia ao Ministério Público o poder de investigar os atos do mandatário para que haja fiel execução da “vontade de fim da vida”. Esse instituto se levanta alguns problemas onde não foi regulamentado legalmente, tais como: se o paciente tornar-se incapaz antes de valer-se do mandato, quem deverá assumir o encargo de decidir sobre sua vida ou morte, de opor-se a um diagnóstico capaz de prolongar sua agonia ou de exigir medicação que alivie seu sofrimento, apesar de acelerar sua morte? Como se nomeia esse curador, que decidirá sobre a retirada de aparelho que mantém a vida de uma pessoa em estado terminal? Deve ele interpretar a decisão já tomada pelo doente e verificar se está sendo obedecida. Veatch entende, ainda, que o curador tem a função de fazer julgamento substitutivo, fundado na crença de qual seria a opção do paciente se ela pudesse ser conhecida e de decidir o que for de maior interesse para o doente. Mas qual o momento em que esse curador deve agir? Seriam necessários um atestado médico ou ato judicial confirmando a incapacidade do paciente para que seu curador pudesse atuar? c) ordem antecipada para o cuidado médico (*advance care medical directive*), pela qual a pessoa, após consulta com o médico e seus familiares, resolve o tipo de tratamento que pretende receber num futuro estado de paciente terminal, apresenta um documento contendo identificação dos valores que acata e dão sentido à decisão terapêutica por ele tomada ou indica um curador para auxiliar na interpretação da decisão que tomou ou para solucionar novo problema que surgir, tomando decisão que, de acordo com seu julgamento, seria o doente. Que medida se deve seguir quando a decisão outrora tomada pelo paciente não for consentânea com o quadro clínico apresentado pela sua moléstia? A ordem antecipada deve ser respeitada? Se o paciente terminal já manifestou sua vontade para o caso de entrar em vida vegetativa, deve ela ser atendida? O que fazer ser o médico, por motivos éticos, recusar-se, apesar da ordem antecipada do paciente, a suspender o tratamento?

O direito do ser humano à autonomia da vontade gera o dever dos de mais de acatar a decisão tomada pelo titular do direito sobre seu plano de vida? O princípio de autodeterminação do paciente pode compelir o profissional da saúde a adotar procedimentos terapêuticos fúteis, que não trazem qualquer benefício, violando o princípio da beneficência? Como solucionar conflito entre o princípio da beneficência do médico e o da autonomia da vontade do paciente? Estaria o direito do paciente de escolher ou recusar tratamento limitado pelo direito-dever do médico de praticar a medicina de forma responsável?

O paciente tem direito de opinar sobre o que se lhe apresenta como benefício, mas o médico deve decidir quando o tratamento é fútil, ou não, baseado em seu conhecimento sobre os efeitos da terapia e de se provável impacto

sobre a qualidade de vida do doente. Ante tantos conflitos, o médico deve, às vezes, assumir o encargo de moderador de tensões, decidindo em que circunstâncias a vontade do paciente deve prevalecer. Como se vê, a autonomia deste, por não ser um direito absoluto, pode conflitar com a do médico, que, por razões ético-jurídicas, pode opor-se ao desejo do doente que requer, por exemplo, a prática da eutanásia. “O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica” (Res. CFM n. 1.995/2012, art. 2º, § 2º).

É direito do médico, segundo o Código de Ética Médica, recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei ou resolução do CFM, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Logo, pelo bom senso, deve o profissional da saúde concluir, sempre que o tratamento for indispensável, estando em jogo o interesse de seu paciente, pela prática de todos os atos terapêuticos que sua ciência e consciência impuserem. Trata-se do *direito a objeção de consciência*, que, baseado no princípio da autonomia da pessoa, implica, por motivo de foro íntimo, a isenção de um dever geral e a recusa a uma ordem ou comportamento imposto.

Pela Resolução CFM n. 1.995/2012 (art. 2º, § 5º), não sendo conhecidas as diretivas antecipadas da vontade do paciente, não havendo representante designado para tanto, nem familiares disponíveis ou se houver dissenso entre parentes, o médico deve recorrer ao Comitê de Bioética da instituição e, na falta, à Comissão de Ética Médica do hospital ou a Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

A vida humana, por ser um bem anterior ao direito e superior à liberdade de querer morrer, deve ser respeitada pela ordem jurídica. Não há o direito de uma pessoa sobre si mesma. A vida não é o domínio da vontade livre, pois exige que o próprio titular do direito a respeite. Sua proteção, como já foi salientado, está consagrada na Constituição Federal em cláusula pétrea (art. 5º, *caput*) que repele qualquer ação ou omissão contra a vida. Se o direito à vida é inviolável, o ordenamento jurídico não pode aceitar eutanásia (ativa ou passiva), nem o suicídio assistido, sob pena de constitucionalidade, ainda que previsto em “testamento vital”. A provocação da morte não tem qualquer respaldo jurídico, e a autorização para não se tentar qualquer manobra de reanimação e deixar passivamente que o paciente terminal siga seu destino é a decretação da sua morte. A disponibilidade da própria vida não pode ser tolerada como um direito subjetivo, por ser a vida um bem indisponível. Se ninguém é dono de sua própria vida, como pode sé-lo da de outrem, praticando eutanásia? Mesmo com anuência prévia e expressa do doente em estado terminal, ou de seu responsável, para remover aparelho de sustentação de sua

vida, o médico não teria a obrigação de conservá-la, com o mínimo de sofrimento possível, diante do dever jurídico de socorro?

A medicina deve ter a humildade de não tentar, obstinadamente, vencer o invencível, seguindo os passos do paciente com mais *sprit de finesse*, orientada por nova ética fundada em princípios sentimentais e preocupada em entender as dificuldades do final da vida humana. Tal ética é imprescindível para suprir uma tecnologia dispensável.

Estamos convencidos da finitude da vida e de que sem amor, sem uma palavra amiga, sem esperança, sem generosidade e sem alegria a própria vida é uma morte viva. Sabemos que a lei não pode resolver todos os problemas polêmicos aqui apontados por serem tidos como um *iceberg* disfarçado de tensão social, mas apenas controlá-los, reduzindo-os, sem, contudo, eliminá-los, propondo solidariedade humana e maior cuidado espiritual ao paciente terminal, respeitando sua dignidade como ser humano, auxiliando-o a exercer o seu direito a uma morte digna. Gostaríamos de enfatizar que, nesse estado de coisas, urge a edição de normas mais humanas e eticamente aceitas que acompanhem os avanços da medicina apontando critérios para que o morrer dignamente seja uma realidade¹⁷.

6. BREVE CONCLUSÃO

Sabemos que a lei não pode resolver todos os problemas aqui apontados, mas apenas controlá-los, propondo solidariedade humana e maior cuidado espiritual ao paciente terminal, que deve ser cercado de amor e carinho, com o mínimo de sofrimento possível para que tenha uma morte digna e haja respeito à sua dignidade como pessoa humana.

O direito de viver, entendemos, é superior ao da liberdade de querer morrer. A CF protege a vida e repele qualquer ato ou omissão que a viole. Logo, não se pode aceitar suicídio assistido, eutanásia ativa ou passiva, ainda que previstos em *testamento vital*, isto porque, perante o ordenamento jurídico, a vida é um bem indisponível.

¹⁷ A respeito de testamento vital: Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 400 a 440. Daniel Serrão, Da eutanásia – moralmente condenável, juridicamente inacreditável, *Núcleo*, 1:2-3, 2003; Genival V. de França, *Direito médico*, São Paulo, 1996, p. 247, 431 e 71. Joaquim Clotet, Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo do “The patient self-determination act”, *Bioética*, 1:157-63; Patrício R. Figueroa, Instrumentos legales en la toma de decisiones médicas en cuadros crónicos terminales, *Bioética*, 6:7-8; Diaulas Costa Ribeiro, Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. R. Cunha Pereira) São Paulo, IOB Thomsom, 2006, p. 273-83; Antonio Damasceno Correio, O direito à objecção de consciência, Coimbra, 1933, p. 12 e 19; Augusto Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1986; Cattelein, *L'objection de conscience*, Paris, 1975; Carlos Aurélio M. de Souza, Há uma “liberdade de morrer?” *Direito à vida ou direito à liberdade*, *Tribuna da Magistratura*, dez. 1988.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA e MUNÔZ, A responsabilidade médica: uma visão ética, *Bioética*, 1994, 2:149.
- CATTELEIN, *L'objection de conscience*, Paris, 1975.
- CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo*, SPaulo, RT, 1994.
- CLOTET, Joaquim, Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo do “the patient self – determination act”, *Bioética*, 1:157-63.
- CORREIA, Antonio D. *O direito à objeção de consciência*, Coimbra, 1993.
- DIAS, Augusto S. *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1986.
- DINIZ, M. Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, SPaulo, Saraiva, v. 6, 2020.
- Direito à morte digna: um desafio para o século XXI. *Atualidades jurídicas* (coord. M. H. Diniz) SPaulo, v. 1, 1999, p. 247 e 272.
- Breves reflexões sobre a Resolução CFM n. 1995/2012 relativa às diretrizes antecipadas da vontade, *Atualidades jurídicas* (coord. M. H. Diniz) SP, Saraiva, v. 6, 2013, p. 163 a 168.
- Testamento emergência e testamento vital: um paralelo, *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002* (coord. Cassettari) SP, Saraiva, 2013, p. 612 a 628.
- O estado atual do *biodireito*, SPaulo, Saraiva, 2010, p. 400 a 440.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991.
- FIGUEROA, Patrício. Instrumentos legales en la toma de decisiones médicas en cuadros crônicos terminales, *Bioética*, 6:7-8.
- FRANÇA, Genival V. *Direito médico*, 1996.
- GIORDIA, José Carlos T. Notas sobre testamento particular excepcional, *Revista Brasileira de direito de Família*, 43:5-12.
- HIGUERA, *Distancia y moral: experimento con el hombre*, Santander, 1973.
- HORTA, Paciente crônico, paciente terminal, eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer, *Desafios éticos* (coord. Assad), 1992, p. 219-28.
- Eutanásia – problemas éticos da morte e do morrer, *Bioética*, 7:29.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* – 1988.
- LOPES e CUMINALE, O direito de escolher. *Veja* (13-9-2012) p. 98-106.
- MARTIN, *A ética médica diante do paciente terminal: leitura ético-teológica da relação médico-paciente terminal nos Códigos brasileiros de ética médica*, SPaulo, 1993.
- OLIVEIRA, E. O erro médico em questão. *Consulex*, n. 15, 1998.
- OPITZ, John M. O que é normal, considerado no contexto da genetização da civilização accidental. *Bioética*, 1997, v. 5, n. 2, p. 132.
- PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? *Bioética*, 1996. Morrer com dignidade: como ajudar o paciente terminal, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, v. 59.
- QUILL, Cassel e MEIER, *England journal of medicine*, 1992, 327:138-84.
- REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*, cap. 2, nota 57, p. 63 e 80.
- RIBEIRO, Diaulas C. Um novo testamento: testamentos vitais e diretrivas antecipadas. *Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (coord. R. Cunha Pereira), SP, IOB Thomson, 2006, p. 273-83.
- ROSENTHAL, Caio. Reflexões sobre a eutanásia nos tempos da Aids, *Bioética*, 1:71-3.
- SERRÃO, Daniel. Eutanásia – moralmente condenável, juridicamente inaceitável. *Núcleo*, 1:2-3, 2003.
- SOUZA, Carlos Aurélio M. Há uma “liberdade de morrer?” Direito à vida ou direito à liberdade. *Tribuna da magistratura*, dez. 1998.
- VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado* (coord. Tavares da Silva). SP, Saraiva, 2011, p. 2011 e 2012.

CAPÍTULO 3

“A DOAÇÃO DE ASCENDENTES À DESCENDENTES E SEUS EFEITOS FUTUROS”

*Leonardo Amaral Pinheiro da Silva
Alexandre Fernandes dos Santos*

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes debates que existe no campo do Direito Contratual – notadamente em relação à Doação –, do Direito de Família e do Direito Sucessório, diz respeito à questão das Doações feitas de ascendentes à descendentes importando em adiantamento de legítimo e sua eficácia futura.

Vale trazer como referência o fato de que, em 2015, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.298.864-SP, o STJ reconheceu a um filho nascido fora do casamento o direito de exigir a colação dos demais herdeiros, os quais haviam recebido imóveis em doação antes mesmo de seu nascimento. No citado caso, o *de cuius* e sua esposa realizaram, em 1987, doação de todos os bens imóveis que dispunham aos seus três filhos em comum, em proporção igual para cada um desses.

Todavia, 11 (onze) meses após o ato da liberalidade, nasceu mais um herdeiro do hereditando, fruto de relacionamento extraconjugal. O pai veio à óbito em 2003, sem deixar bens a inventariar, de modo que o menor então requereu a abertura do inventário do pai e ingressou com incidente de colação, requerendo que todos os bens recebidos em doação pelos filhos e cônjuges fossem conferidos nos autos do processo.

Ocorre ainda que, no caso em análise, tal doação não foi feita apenas aos herdeiros necessários então existentes, foi ainda realizada também aos seus cônjuges, o que motivou aos Ministros a decidirem que a colação deveria ser admitida apenas sobre 25% (vinte e cinco por cento) dos imóveis. Tal percentual decorreu da consideração ainda de que metade da doação correspondia à parte da mãe, levando a Corte a concluir que os descendentes donatários re-

ceberam do ascendente falecido 25% (vinte e cinco por cento) dos imóveis, já que os outros 25% (vinte e cinco por cento) o hereditando doou de sua parte disponível aos cônjuges dos filhos.

Assim, no aludido julgado, a 3^a Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve decisão da Justiça de São Paulo e decidiu que, para efeito de cumprimento do dever de colação, é irrelevante o fato de o herdeiro ter nascido antes ou após a doação, de todos os bens imóveis, feita pela pessoa falecida aos demais herdeiros, entendendo ainda ser irrelevante o fato de ter nascido fora do casamento e que inexiste qualquer diferença entre os descendentes, se são irmãos germanos, unilaterais ou supervenientes à eventual separação ou divórcio do doador.

Na ocasião, o ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do recurso, esclareceu que:

O ato do falecido de doar, juntamente com sua esposa, todos os bens aos filhos, em detrimento do filho caçula fruto de outro relacionamento, ainda que este tenha sido concebido posteriormente, torna inoficiosa a doação no tocante ao que excede a parte disponível do patrimônio mais as respectivas frações da legítima, porque caracterizado o indevido avanço da liberalidade sobre a legítima do herdeiro preterido.

Assim, esclarece-se que a doação feita de ascendente para descendente não se configura, por si só, em uma doação inválida ou ineficaz; há, antes, de verificar se tal doação respeitou ou ultrapassou a legítima. Outrossim, a doação impõe ao donatário a obrigação de trazer o patrimônio à colação com o fito de se igualar as legítimas a quando do óbito do doador. Ademais, pode ser afastada a colação de bens, caso seja, inclusa no documento que a formalizar, um contrato ou uma escritura de doação, cláusula que expressamente preveja que o bem a ser doador recaia e corresponda à legítima do donatário.

Com isto exposto, importante tecer alguns comentários acerca do contrato de doação e os efeitos sucessórios deste, considerando ainda o momento do ato de liberalidade, o momento do nascimento ou reconhecimento do filho preterido e, sempre que possível utilizando-se para tanto dos ensinamentos do saudoso Mestre Zeno Veloso. E responderemos à seguinte questão: Como ocorrerá a divisão patrimonial, em virtude dos seus ascendentes adiantarem a sucessão via doação caso haja um herdeiro necessário, descendente, não contemplado inicialmente?

2. DOS EFEITOS DO CONTRATO DE DOAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

De início, cabe registrar que a doação é contrato típico pelo qual o doador transfere bens ou vantagens a donatário, sem qualquer remuneração, cabendo

a este aceitá-la, sob o ânimo de beneficiar-se, configurando-se então em um contrato benévolos, unilateral e gratuito. O Código Civil de 2002 conceitua a doação em seu art. 538, é ler: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Já a dita doação inoficiosa é tema muito debatido e sujeito de muitas controvérsias, e isso há tempos, já que, inobstante a discussão da doação tenha a ver com o Direito Contratual, porém, quanto à causa, a doação inoficiosa acaba se aproximando do Direito Sucessório. E aí surge o problema: como conciliar as regras da doação na esfera do Direito Contratual com as do Direito Sucessório, já que, como se sabe, é no momento da morte do *de cuius* que se saberá qual deverá ser a sua legítima.

A lei brasileira, desde o Código Civil de 1916 estabeleceu, como norma, que deveriam ser verificados, no momento da liberalidade (e não depois), quais seriam os limites para a disposição testamentária, ainda que, no momento da morte, o patrimônio tivesse sofrido alterações. Porém, em ambos as Codificações – de 1916 e a de 2002 – a doação inoficiosa, portanto aquela que excede o quanto disponível para testamento, considera-se nula.

Assim, utilizando-se dos ensinamentos de Gagliano (2021), a doação inoficiosa é aquela que se traduz em uma violação à legítima, o que, conforme exposto anteriormente, traz impactos ao Direito das Sucessões. Isso porque os herdeiros necessários, estabelecidos por lei (art. 1.845 do Código Civil de 2002), são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente, pertencendo a estes a metade dos bens que constituem a legítima (art. 1.846 do Código Civil de 2002), que por sua vez será calculada levando em consideração, dentre outros, o valor dos bens sujeitos a colação (art. 1.847 do Código Civil de 2002).

Deste modo, o legislador impôs restrições para que o hereditando possa dispor livremente de seus bens, acabando por resguardar o direito dos herdeiros necessários, dando a este algum conforto patrimonial, com o fito de resguardar a dignidade da pessoa humana. Sobre o assunto, adiantamos que concordamos com o posicionamento de Gagliano e Pamplona Filho (2019), no sentido de que um caminho viável seria o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima, flexibilizando as regras do art. 1.829 do CC/02, somente em casos em que os herdeiros fossem menores, ou incapazes, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança.

Ainda a respeito da proteção à legítima, Gagliano (2021) destaca que nossos diplomas legais mantiveram a sua preservação, conforme se extrai dos arts. 544 e 549 do Código Civil de 2002, notadamente quanto à doação. Isso decorre do fato de tais artigos estipularem que uma doação realizada por um ascendente a um descendente importará em antecipação de herança e não po-

derá exceder à parte que o doador poderia dispor no momento da liberalidade, o que, caso não seja observado, incorrerá em doação inoficiosa.

É justamente com o fito de proteger à legítima que o legislador determina que seja obrigação dos donatários trazer à colação os bens doados pelos ascendentes em comum, para poder assim igualar as legítimas, é o que se extrai do art. 2.002 do Código Civil de 2002. Todavia, é importante se observar que o instituto da doação diverge do instituto da redução da doação inoficiosa, sobre o tema, discorre Euclides de Oliveira (2004), citado por Gagliano (2021, p. 115 e 116):

É bom repisar a distinção entre colação e redução das doações em excesso. Aquele tem lugar apenas quando haja disputa da herança entre certa categoria de herdeiros necessários, que são os descendentes e o cônjuge sobrevivente, obrigando à conferência dos valores das doações para que componham os quinhões hereditários e permitam a igualação dos direitos sucessórios, salvo nos casos de dispensa por vontade do testador ou determinação legal. Diversamente, a redução das doações efetua-se sobre a parte excedente daquilo que o doador poderia dispor, aplicando-se não só aos descendentes e o cônjuge sobrevivente, mesmo que tenha havido dispensa da colação, como também a outros donatários, sejam herdeiros ou estranhos à sucessão, para que se resguarde a legítima dos herdeiros necessários, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivo.

Em outro passo, a redução das liberalidades, que ocorrerá quando houver doações inoficiosas, tem o objetivo de repor a parte legítima da herança e poderá atingir, apenas e tão somente, aquilo no qual se exceder a doação quanto ao valor que os bens possuíam à época da liberalidade. Sobre o assunto, Gagliano (2021), em comentário a respeito do art. 2.002 do Código Civil de 2002, leciona que para a diminuição da liberalidade há de ser observada a doação pelo valor, e não pela substância do bem doado. O que, prossegue, soa paradoxal ao se analisar o §2º do art. 2.007.

Este mesmo contrassenso também já foi apontado por Zeno Veloso (2003), conforme citado por Gagliano (2021, p. 132), é ler:

O § 2º prevê que, para a redução da liberalidade, a restituição será em espécie, vale dizer, em substância, com a devolução ao acervo hereditário do próprio bem doado, e só na hipótese de este não mais existir em poder do donatário é que a restituição será feita em dinheiro, pelo valor da liberalidade. Por que, aqui, a restituição em substância, se o art. 2.002 sufraga, como regra geral, a conferência pelo valor? O novo Código Civil, nessa matéria, deveria ter regulado o assunto com mais segurança.

Gagliano (2021), tal qual o Mestre Zeno Veloso, aponta então que deve prevalecer a regra geral do art. 2.002, de modo que seria mais justo repor o

acervo em dinheiro, mantendo-se a propriedade do bem que valorizou. Outro ponto que deve ser observado, conforme aponta Tartuce (2021), é que se o doador fizer doações sucessivas a permissão para a averiguação de doação inoficiosa, e por conseguinte a metade disponível, deve flexibilizada, pois, de modo diverso, conforme Agostinho Alvim (1963) citado por Tartuce (2021), “[...] o doador iria doando, cada vez metade do que tem atualmente, e todas as doações seriam legais até extinguir a fortuna”.

Assim, no caso das doações sucessivas, deve-se considerar que a somatória das doações não poderá ultrapassar a metade do patrimônio. Neste caso, seguimos o posicionamento de Tartuce (2021), no qual deve ser considerada desde a última doação até a primeira para a aferição de violação ou não da legítima, devendo ser reconhecida como inválida toda aquela que por ventura extrapole a quota dos herdeiros necessários. É o que extraímos do § 4º do art. 2.007 do Código Civil de 2002).

Não obstante, frente ao exposto até aqui, a doação poderá ser dispensada da colação caso o bem em questão tenha feito parte da parte disponível do doador, se esse expressamente assim o determinar (art. 2.005 do Código Civil de 2002). Outrossim, afora a proteção à legítima, não há qualquer limitação às doações, o que permite ao doador, independente da anuência expressa dos demais herdeiros, dispor gratuitamente de seus bens, desde que seja feita a reserva de uma renda mínima para a sua digna sobrevivência (art. 548 do código Civil de 2002).

Outrossim, há a possibilidade de se efetuar a chamada partilha em vida, ainda se protegendo a legítima, por força do art. 2.018 do Código Civil de 2002, que por sua vez dispõe que “É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

Todavia, ressalva-se, não se deve confundir a partilha-doação, que é um ato realizado entre vivos, da partilha-testamento. Tal distinção é feita pelo grande mestre Zeno Veloso (2003) citado por Gagliano (2021, p. 107 e 108), *in verbis*:

A partilha pode ser feita pelo próprio ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, daí chamar-se partilha-doação – *divisio parentum inter liberos* – e partilha-testamento – *testamentum parentum inter liberos*. Por esse meio, o ascendente distribui os bens entre os herdeiros necessários, preenchendo o quinhão deles. Exerce faculdade que é corolário do direito de propriedade. Quando realizada por ato entre vivos, a partilha deve obedecer aos requisitos de forma e de fundo das doações. A divisão entre os herdeiros tem efeito imediato, antecipando o que eles iriam receber somente com o passamento do ascendente

Com estes comentários iniciais, passamos então à questão central do presente trabalho, ou seja, como se daria então a divisão patrimonial, em virtude

dos seus ascendentes adiantarem a sucessão via doação, caso venha a existir um herdeiro necessário, descendente, não contemplado inicialmente.

3. DA DIVISÃO PATRIMONIAL, APÓS DOAÇÃO, DE DESCENDENTE NÃO CONTEMPLADO

Após os prévios comentários a respeito do efeito sucessório do contrato de doação, mister se faz, no momento, tecer comentários a respeito da divisão patrimonial, após doação, de descendente não contemplado pelo ato de liberalidade do doador. Para tanto, algumas hipóteses hão de serem levantadas, todas partindo do princípio no qual o casal de pais, (ascendentes) sejam os doadores.

A primeira hipótese que há de ser debatida diz respeito da situação de haver filho do doador que tenha sido afastado da doação; outra é de haver o descendente, porém, à época da liberalidade ainda não ter sido conhecido; e, por fim, caso a pessoa tenha descendente nascido após a doação feita.

3.1. DESCENDENTE DO DOADOR NÃO CONTEMPLADO NA DOAÇÃO

Na primeira conjectura estudada, quando há ao menos um filho do doador que tenha sido afastado da doação para os demais descendentes, partindo da mais simplicidade, no nosso entendimento, das possibilidades: quando o casal doa para um, ou alguns, dos seus filhos metade de seu patrimônio. Neste caso, o filho, ou filhos, não contemplados nada têm a questionar visto que a doação respeitou a legítima, ou seja, não ocorreu qualquer doação inoficiosa.

Isso se considerarmos que os descendentes não contemplados são irmãos germanos dos donatários. Ocorre que, caso o filho não contemplado possua vínculo com apenas um dos doadores, igualmente deverá ser observada e garantida à proporção que o genitor daquele poderia dispor de seu patrimônio, o que visa a obediência à legítima desse doador. Caso a legítima do doador tenha sido respeitada na situação de o descendente não contemplado ser irmão uniliteral dos contemplados, este, igualmente nada poderia se opor em relação à doação.

De maneira diversa, da primeira conjectura, se o casal doador resolver dispor de todo o seu patrimônio em doação, transferindo tanto da metade disponível quanto da legítima, para alguns de seus descendentes e desfavorecendo ao menos um deles, estaremos diante de uma doação inoficiosa. Vale lembrar que para a aferição de uma doação inoficiosa deve-se sopesar o patrimônio existente no momento da liberalidade, ou seja, na data da doação, e não o estimado no momento da abertura da sucessão do doador/hereditando.

Neste caso, o descendente não contemplado deverá ingressar com ação anulatória de doação inoficiosa, com o fito de se devolver à legítima a parcela inoficiosa daquela. Para tanto, o filho prejudicado, uma vez que não há prazo especial previsto, incidirá no prazo geral de prescrição, que por força do art. 205 do Código Civil de 2002 é de 10 (dez) anos, conforme já estabelecido pelo STJ¹ – lembrando ainda que na vigência do Código Civil de 1916² o prazo era de 20 (vinte) anos (art. 177) –, e é contado a partir da data do registro, salvo se houver anterior e inequívoca ciência da doação realizada³.

Agora, outra situação se estabelece se há a doação que contemple apenas alguns dos descendentes, porém esta é apenas a primeira de outras doações que virão a ser realizadas em favor daqueles contemplados ou desfavorecidos no decorrer do tempo. Caso o objetivo dos doadores se cumpra e esses conseguirem realizar todas as doações as quais pretendem, e assim conseguirem satisfazer a legítima, nada há o que se falar em inoficiosidade.

Todavia, se por alguma intercorrência da vida os pais doadores não alcançarem o êxito em realizar as demais doações, abrir-se-á a possibilidade de os herdeiros não contemplados requererem o desfazimento do negócio, ou dos, outrora realizado(s), até a redução desta à legítima a qual teriam direito.

¹ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÃO E PARTILHA. BENS DOADOS PELO PAI À IRMÃ UNILATERAL E À EX-CÔNJUGE EM PARTILHA. DOAÇÃO INOFICIOSA. PREScriÇÃO. PRAZO DECENAL, CONTADO DA PRÁTICA DE CADA ATO. ARTS. ANALISADOS: 178, 205, 549 E 2.028 DO CC/16. 1. Ação declaratória de nulidade de partilha e doação ajuizada em 7/5/2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/11/2011. 2. Demanda em que se discute o prazo aplicável a ação declaratória de nulidade de partilha e doação proposta por herdeira necessária sob o fundamento de que a presente ação teria natureza desconstitutiva por quanto fundada em defeito do negócio jurídico. 3. Para determinação do prazo prescricional ou decadencial aplicável deve-se analisar o objeto da ação proposta, deduzido a partir da interpretação sistemática do pedido e da causa de pedir, sendo irrelevante o nome ou o fundamento legal apontado na inicial. 4. A transferência da totalidade de bens do pai da recorrida para a ex-cônjuge em partilha e para a filha do casal, sem observância da reserva da legítima e em detrimento dos direitos da recorrida caracterizam doação inoficiosa. 5. Aplica-se às pretensões declaratórias de nulidade de doações inoficiosas o prazo prescricional decenal do CC/02, ante a inexistência de previsão legal específica. Precedentes. 6. Negado provimento ao recurso especial. (REsp 1321998/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 20/08/2014).

² VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. Interposta pessoa. Anulação. Prescrição. Data inicial. Doação inoficiosa. - A prescrição da ação de anulação de venda de ascendente para descendente por interposta pessoa é de quatro anos e corre a partir da data da abertura da sucessão. Diferentemente, a prescrição da ação de nulidade pela venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais, é de vinte anos e flui desde a data do ato de alienação. - A prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa é de vinte anos, correndo o prazo da data da prática do ato de alienação. Arts. 177, 1778, 1132 e 1176 do C.Civil. Primeiro recurso não conhecido; conhecimento parcial do segundo e seu provimento, também parcial. (REsp 151.935/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/1998, DJ 16/11/1998, p. 96).

³ Nesse sentido, ver decisão publicada no Informativo n. 729 do STJ, de 21 de março de 2022 – REsp 1.933.685-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.03.2022).

Mais complexa é a situação que se apresenta quando é realizada a doação a algum filho como antecipação da legítima, sendo essa respeitada pois o doador reservou em seu patrimônio bem que no futuro pretenda contemplar o descendente preterido em primeiro momento. É mais intricada a ocasião pois se, por qualquer motivo, pereça para o doador aquele bem reservado, automaticamente, o descendente não beneficiado será prejudicado.

Isso ocorre porque no momento em que a liberalidade foi efetivada, todos os preceitos legais foram observados, uma vez que, recordar-se, o momento de aferição da legítima, para o caso, é justamente o momento da liberalidade. Assim, o descendente não contemplado com a doação apenas poderá contar com a sensibilização do filho beneficiado com aquela primeira doação, para ajudar-lhe proporcionalmente na parte que lhe cabia, já que inexistirá nesse caso qualquer remédio legal para desfazer aquela doação.

3.2. DESCENDENTE AINDA NÃO CONHECIDO, MAS JÁ VIVO, NO ATO DA DOAÇÃO

A segunda hipótese a ser estudada é a que ocorre quando existente filho ainda não conhecido no momento da liberalidade. O conhecimento do descendente não contemplado poderá ocorrer em dois casos diversos, o primeiro desses é decorrente do reconhecimento voluntária (nos termos do art. 1.609 do Código Civil) ou judicial (nos termos da Lei 8.560/1992, Lei da Investigação de Paternidade) de uma filiação, em que o descendente já é nascido no momento da liberalidade.

Neste caso, tanto os filhos que já eram reconhecidos no momento da liberalidade quanto os que apenas vierem a ser conhecidos posteriormente, terão os mesmos direitos de herança, uma vez que todos já eram nascidos no momento da liberalidade.

Já o outro caso ocorre quando o descendente ainda não nasceu no ato da liberalidade, porém já havia sido concebido. Sobre o assunto, vale citar que o art. 1.798 do código Civil de 2002 preconiza que o nascituro é parte legítima à sucessão é o que leciona, sobre referido artigo, Zeno Veloso (2002, p. 1.612 e 1.613):

A regra do art. 1798 diz respeito à sucessão legítima. Só têm legitimidade para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O herdeiro, até o momento por imperativo lógico, precisa existir quando morre o hereditando, tem de sobreviver ao falecido.

[...]

A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º segunda parte). Assim, sendo, o *conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando

adquire personalidade civil ou capacidade de direito (art. 2º, primeira parte). O nascituro é um ente em formação (*spes hominis*), um ser humano que ainda não nasceu. Se o concebido nascer morto, a sucessão é ineficaz.

Quem não estiver concebido até a data da morte do autor da herança não está legitimado a suceder. Na sucessão testamentária, porém (art. 1.799), pode haver o chamamento do *nondum conceptus* (pessoa futura, pessoa ainda não concebida).

Com o exposto, resta claro que os descendentes já concebidos no momento da liberalidade, sejam eles conhecidos naquele momento, ou apenas posteriormente, gozam dos mesmos direitos. Em consequência a esse direito, os filhos já concebidos e conhecidos poderão requerer judicialmente a anulação do negócio jurídico (doação) até proporção que lhe caiba. Já os filhos ainda não conhecidos mais concebidos, deverão, inicialmente, requerer o seu reconhecimento como filhos, seja esse recolhimento provido pela via voluntária ou judicial, para então, posteriormente, pleitear seu direito de herança.

3.3. ADVENTO DE NOVO DESCENDENTE APÓS A REALIZAÇÃO DA DOAÇÃO

A terceira hipótese de estudo é o caso de os doadores vierem a ter um novo descendente após a doação realizada. Esta situação aplica-se tanto a filhos nascidos após a doação, quanto filhos adotados em momento posterior ao da liberalidade, ou ainda filhos cujo o vínculo socioafetivo tenha sido reconhecido posteriormente à realização da doação. De igual forma, o filho advindo em ocasião póstuma à realização a doação aos demais herdeiros poderá estar prejudicado patrimonialmente.

Isso decorre porque, como já citamos ao norte, em nome da segurança jurídica, o momento de se aferir uma suposta inoficiosa na doação é o momento da liberalidade.; e, nesse caso a existência ou não de filhos no momento da alienação. Assim, há de se observar se a doação em questão observou ou não a legítima para saber se houve ou não prejuízo ao filho não contemplado.

Se os ascendentes realizaram doação como antecipação de legítima, na qual tenham se desfeito de todo o seu patrimônio, inexistindo bens que possam contemplar o filho não contemplado, esse estará prejudicado e fará jus a recursos que o enquadre no rol de herdeiros e ainda poderão pleitear o cancelamento do ato assim como os casos anteriormente mencionados.

Agora, diferente é a situação na qual a doação correspondeu apenas à metade disponível dos genitores, pois o momento – como já dito anteriormente - de se aferir se houve doação inoficiosa é o momento da liberalidade, assim, como no momento da doação inexistiam outros herdeiros com direito à legítima ou herança, os pais que tenham feito tal doação não infligiram

norma alguma. Desse modo, inexiste qualquer mecanismo, unilateral, para que o descendente não favorecido pleiteie a anulação daquele ato, podendo apenas contar com a reversão espontânea dos irmãos favorecidos.

4. CONSIDERAÇÃO FINAL:

Com o presente artigo vimos o quanto o contrato de doação, notadamente em relação às realizadas entre os ascendentes aos seus descendentes, mostra-se como um negócio jurídico bastante complexo, interdisciplinar – ao ligar o campo do Direito Contratual ao campo do Direito Sucessório –, sobretudo quando se trata da mais complexa modalidade dela, a doação inoficiosa.

E isso se opera uma vez que, como já visto, a doação inoficiosa acaba sendo uma violação à legítima, daí a necessidade de se compreender a matéria sob um ponto de vista do Direito Sucessório.

Vimos, com o presente artigo, em relação à doação, a dualidade decorrente da ampla autonomia privada decorrente do Direito Contratual, contrastando com as restrições trazidas decorrentes do Direito Sucessório em relação à doação inoficiosa, notadamente em casos trazidos e analisados durante o artigo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 10/02/2022.
- BRASIL. 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/l10406compilada.htm. Acesso em 09/02/2022.
- CRIANÇA nascida após doação do pai para outro filho tem direito a colação. Revista **Consultor Jurídico**. 26 de ago. de 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/12968/a-situacao-do-descendente-que-se-apresenta-apos-a-partilha-por-doacao>>. Acesso em: 31/01/2022.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de doação**. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**. Filho. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- STJ. Informativo Jurisprudencial nº 729, de 21 de março de 2022. REsp 1933685 / SP. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. STJ, 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>
- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1298864 / RS 2011/0291796-0. Relator: Marco Aurélio Bellizze. STJ, 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102917960&dt_publicacao=29/05/2015. Acesso em 25/01/2022.
- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1321998 / RS 2011/0199693-0. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. STJ, 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101996930&dt_publicacao=20/08/2014. Acesso em 07/02/2022.
- STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 151935 / RS 1997/0074150-8. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. STJ, 1998. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700741508&dt_publicacao=16-11-1998&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em 07/02/2022.
- TARTUCE. **Manual de Direito Civil: volume único**. - 11. ed. - Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.
- VELOSO, Zeno. Comentários ao Novo Código Civil, arts.1.784 a 2.027. In: ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado; et. al. **Novo Código Civil comentado** (Coord. Ricardo Fiúza). - São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPÍTULO 4

A SUCESSÃO DO AUSENTE: O DIREITO CIVIL PÓS ZENO VELOSO

Raphael Arnaud

1. INTRODUÇÃO

É absolutamente desnecessária a apresentação de Zeno Veloso, menos ainda a demonstração de sua respeitável contribuição para o Direito Privado como hoje conhecemos; cada um dos coautores desta obra carrega, estamos certos disso, mais de uma grande lição do mestre. Não é nenhum exagero dizer que o Direito Civil ficou, ao mesmo tempo, menos crítico, técnico e humano com a passagem do nosso Zeno para perto do Pai.

Ao longo de sua extensa e reconhecida carreira, o homenageado se notabilizou por enxergar primeiro aquilo que havia passado despercebido por nós, juristas comuns, mais ainda, possuía a invejável capacidade de dar concretude aos problemas jurídicos, demonstrando na prática, e com uma clareza meridiana, as inconsistências do ordenamento.

Zeno se declarava um contador de estórias, e nessas, sempre muito bem engendradas, nos apresentava aquilo que a letra fria dos códigos não era capaz de alcançar. O Direito vivenciado. A mais famosa delas, digna de Pirandello, narrava a saga de “Nagibão”¹ e foi responsável por trazer perceptibilidade para as injustiças geradas pela aplicação do art. 1.790 do CC/2002, declarado inconstitucional em 2017 pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Temas 809 e 498.

A declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo foi uma vitória de Zeno, que sempre vociferou suas incongruências, foi uma vitória para o Direito das Sucessões e para o Direito das Famílias e um merecido

¹ Conferir em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1253/A+história+de+Nagibão+e+o+art.+1.790+do+Código+Civil>

descanso para Terezinha, companheira do Nagibão, que finalmente via o Judiciário reconhecer à sua entidade familiar o mesmo grau de importância da família casamentária.

A contribuição do homenageado para o Direito Civil perpassa todas as matérias a ele conexas, por isso mesmo decidimos neste breves escritos tratar de temas do primeiro e do último livro do Código Reale. Relacionamos, portanto, o Procedimento de Declaração de Ausência, previsto na Parte Geral do Código, ao Direito das Sucessões, tema de seu último livro, preconizado nos arts. 1.784 e seguintes.

2. PROCEDIMENTO DE AUSÊNCIA

“Ausência” está no rol daquelas palavras de plúrimo significado tão comuns em nossa língua portuguesa. Se dita cotidianamente provavelmente está a indicar o afastamento temporário de alguém, se proferida pelo jurista, entretanto, indica ausência civil, um procedimento trifásico, complexo e burocrático descrito entre os artigos 22 e 39 da Lei 10.406/02, que traz como última etapa a declaração da morte ficta do indivíduo e a transmissão dos seus bens e direitos patrimoniais aos respectivos herdeiros e legatários, tal qual se dá na chamada “morte real” quando é possível atestar o óbito.

Falível e finita como é a vida, sabemos que um dia o corpo fenece, as relações jurídicas, entretanto, sobrevivem e precisam de uma destinação legal. Os bens amealhados em vida serão transmitidos aos sucessíveis de modo indívisível pelo fenômeno da *saisine*², devem, inclusive, responder pelas obrigações contraídas e não adimplidas em vida pelo agora *de cùjus*³, mas, qual a solução legal para o desaparecimento de alguém? Como ficam os contratos por ele celebrados, quem deve receber os seus direitos de crédito e quem estaria obrigado ao cumprimento de seus débitos? Por último e mais intrigante, qual o estado civil do cônjuge do ausente? O Casamento nestes casos restaria dissolvido? E se o ausente retornar após longo período, haveria a reprise da restituição dos efeitos do matrimônio?

Antes de ingressarmos verdadeiramente no procedimento de ausência, importante esclarecer que o legislador previu pelo menos duas situações nas quais ele é prescindível, estão dispostas no artigo 7º do CC/2002 e se aplicam àqueles que estando em perigo de vida a morte se tornou “extremamente

² CC/2002 - “Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.”

³ CC/2002 - “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

⁴ Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

provável”, ou aos prisioneiros e desaparecidos na guerra, não encontrados até dois anos após o seu término⁵. Nestas hipóteses a morte será presumida, decretada por sentença que fixará a data provável do óbito.

3. O CASAMENTO DO AUSENTE

Façamos, portanto, o que Zeno provavelmente faria ao se lançar sobre esses questionamentos, contemos uma estória, sem o mesmo brilhantismo do mestre, é claro, mas que seja ao menos elucidativa dos problemas aqui encontrados:

João e Maria se conheceram quando ela ainda datava 16 anos de idade, ele, já maior e capaz para os atos da vida civil, possuindo emprego fixo e patrimônio considerável, se apaixonou perdidamente pela jovem e dela recebeu correspondência; no mesmo ano, a propôs casamento. A mãe de Maria consentiu com a cerimônia, dizia que nunca houvera visto a filha tão feliz, o pai, contudo, estava irredutível, se negava a dar o consentimento exigido pelo art. 1.517 do CC 2002 para que o casamento pudesse acontecer.

Não restando outra alternativa, Maria buscou o judiciário para ter suprida a vontade do pai e então realizar aquilo que era seu maior desejo, formar uma família com João. Fora vitoriosa em seu pleito e o casamento aconteceu meses depois. Por exigência legal, entretanto, o casamento fora celebrado pelo regime da Separação Obrigatória de Bens. É que, não obstante o reconheça como válido e eficaz, a Lei traz essa consequência para todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para o ato, é o que determina art. 1.641 em seu inciso III⁶. À época, isso não importava, fervido, o casal só queria começar a vida comum na casa que João já havia adquirido tempos atrás e que serviria de lar conjugal. Viveram felizes pelos 10 anos que se sucederam, até que numa fatídica noite João não retornou do trabalho. Maria ficou desesperada, buscou notícias de seu marido com todos os conhecidos, mas ele simplesmente havia sumido sem deixar pistas.

Como é de se imaginar, foram meses muito duros que se seguiram àquela noite. A vida, todavia, mais hora menos hora, nos chama às obrigações, e lá estava Maria sendo judicialmente nomeada curadora dos bens de João. Estava

⁵ Art. 7º o Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

⁶ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

iniciado o procedimento de Declaração de Ausência em sua primeira fase, a “curadoria dos bens do ausente” e seguindo a ordem de nomeação prevista pelo art. 25 do CC/2002, Maria era a primeira a ser convocada para o ofício.⁷ Já aqui, pedimos perdão pela interrupção na narrativa, mas algo deve ser observado, o mencionado art. 25 não inclui os companheiros entre aqueles elegíveis para o papel de curador, todavia, nos exatos termos nos quais se defendeu a paridade das regras sucessórias entre cônjuges e companheiros, também aqui se defende a inscrição dos conviventes como legitimados em prioridade a ser curador dos bens deixados pelos seus respectivos consortes.⁸

Voltemos ao caso de João e Maria. Agora, já passados dois anos desde o misterioso sumiço, o juiz, atendendo ao pedido de credores de obrigações vencidas e não pagas por João⁹ e acaba de declarar a sua ausência, o termo agora deixa de qualificar apenas a falta física e carrega por consequência a abertura da sucessão provisória do ausente. Passados 180 dias da decisão¹⁰ a sentença surtirá seus efeitos e, desde logo, o inventário dos bens deve ser aberto, transmitindo aos sucessíveis os bens deixados por João.

Mais um baque para Maria, a pobre mulher, que continuava a esperar notícias de seu amado, acaba de descobrir que como a quase totalidade do patrimônio de João fora construída antes do seu casamento ela nada herdará, esse patrimônio será destinado a um filho que seu marido descobriu pouco antes de desaparecer sem deixar notícias, filho que fora gerado antes de se conhecerem.¹¹

Dante da Situação Restaria a ela uma tal Súmula 377 do STF¹², bastante antiga, datada de 1964, na qual segundo interpretação mais recente dada pelo STJ¹³ haveria a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento,

⁷ Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

⁸ Neste sentido o Enunciado n. 97 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “No que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).”

⁹ Vd. Art. 27, inciso IV.

¹⁰ Art. 28. A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.

¹¹ Essa é a solução trazida pelo artigo 1.829, I, do CC/2002, tendo em vista o regime da Separação obrigatória do casal. Vejamos: Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, **salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens** (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; (grifamos)

¹² Súmula 377 STF: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

¹³ Conferir REsp. 1.623.858/MG.

ainda que regido este pela Separação Obrigatória, desde que houvesse a prova do esforço comum na construção desse mesmo patrimônio. Como provar esforço comum se no código do casal as regras sempre foram de que ela cuidava da casa e ele se responsabilizava pelas finanças? Maria estava em ruínas, agora, não somente emocionais, mas também financeira. Correria mesmo o risco de ser despejada da própria casa, não fosse a proteção garantida como Direito Real de Habitação prevista no art. 1.831 do CC.¹⁴

De toda maneira, passou a ter dificuldades inclusive para manter o próprio bem, premida das necessidades mais básicas, como estava naquele momento.

Aberta a sucessão provisória, o filho de João se imitiu na posse de todos os demais bens, com exceção da casa na qual Maria morava, fê-lo sem a necessidade de prestar qualquer tipo de garantia de restituição dos mesmos, protegido pelo disposto no §2º do art. 30¹⁵.

Era preciso ir à luta, enquanto o herdeiro do marido podia viver uma vida bastante confortável, Maria vivia na penúria e aceitou a primeira oportunidade de emprego que lhe surgiu. Como não tinha experiência, tratava-se de uma vaga que lhe garantiria apenas um salário-mínimo, mas que encarou com a dignidade que lhe era própria.

Já se passaram onze anos desde que João saiu para o trabalho e não retornou para casa. Maria era agora a encarnação do ditado popular que diz ser a esperança a última a morrer e, secretamente, embora tenha, de alguma maneira, reconstruído a sua vida, ainda acredita na volta do marido. Soube por alguns conhecidos que tão logo se deu a conversão da sucessão provisória em sucessão definitiva, o filho de João e seu único herdeiro houvera se desfeito de todos os bens móveis e imóveis que herdara do pai.

Um dia somos vencidos pelo cansaço, e com Maria não foi diferente, atendeu aos recorrentes conselhos de suas amigas e convenceu-se de desistir de esperar pelo marido desaparecido, abriu-se finalmente para a vida e aceitou um convite para jantar com Jessé, um viúvo que houvera sido apresentado por uma prima.

Como é comum com casais mais maduros, o relacionamento logo ganhou feições mais sérias, fora convidada então para com ele morar e assim

¹⁴ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

¹⁵ Art. 30. Os herdeiros, para se imitarem na posse dos bens do ausente, darão garantias da restituição deles, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos.

§ 1º Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia.

§ 2º Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente.

deixou para trás a última lembrança de João, a casa que serviu de moradia ao casal e com ela estava por Direito Real de Habitação. Ato contínuo, o herdeiro logo tratou de negociar o imóvel.

O relacionamento ia bem, estável, e embora não sentisse por Jessé aquela sensação de pertencimento que viveu com João, dele ouviu que com ela queria se casar e, nada tendo a perder, aceitou prontamente. Foi no procedimento de habilitação para o novo casamento que Maria se deu conta da sua situação. Afinal, ela ainda era casada com João? Porque se assim fosse não poderia se casar com Jessé, é o que determina o art. 1.521, VI do CC/2002. Mas como poderia ser casada com alguém que havia sido declarado morto e inclusive transmitido seu patrimônio de forma definitiva ao seu único herdeiro? Logo foi informada pelo Tabelião daquele Ofício de que para isso o Código Civil tinha solução, ela estava presente no §1º do artigo 1.571 que aplicava ao ausente a presunção estabelecida da morte, tornando Maria viúva e afastando o mencionado impedimento. Sentiu um misto de alívio e luto e assim, após passado o prazo das proclamas, sucedeu-se o matrimônio.

Perceba, caro leitor, que a situação poderia ser bastante mais conturbada se Maria e Jessé pretendessem casar antes da conversão da sucessão provisória em definitiva de João, o que se só se deu, considerando todos os prazos, pelo menos 11 anos e 6 meses depois de seu sumiço. Sobre isso Zeno Veloso¹⁶:

Mas pode haver casos em que o cônjuge que ficou e está presente, por uma série de motivos e razões, não queira requerer o divórcio, preferindo esperar o retorno do ausente, na esperança de que ele está ainda vivo e que um dia voltará ao lar e à família. O tempo vai passando, o sonho vai esmaecendo, e o que partiu não volta, jamais. Eis que surge alguém na vida daquela pessoa, um amor vespertino se instala no seu coração e ela resolve refazer a sua caminhada, reconstruir a sua vida. Por que não facilitar um novo casamento, considerando que, no mínimo por dez anos, o outro cônjuge abandonou a família, não dá notícias, não se sabe aonde está, ou se vivo ou morto está?

Não se alegue que é situação infreqüente, rara, desmerecedora de tratamento legislativo, pois um Código não é feito para regular somente os casos comuns, numerosos, constantes; se não, bastaria que tivesse meia dúzia de artigos. E o argumento prova demais, é quase ad terrorem, e poderia ser aproveitado para retirar da lei a emancipação de menores com menos de 18 anos que exercem emprego público efetivo, ou que colem grau em curso de ensino superior, o estado de perigo, a promessa de fato de terceiro, a faculdade de as partes excluírem a responsabilidade pela evicção, o contrato com pessoa a declarar, a venda a contento, a usucapião, a aluviação, o álveo abandonado, a

¹⁶ https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiU_ePVmf-v2AhXGkZUCHSjQD_MQFn0ECAYQAw&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fartigos%2FZENO-ARTIGO.doc&usg=AOvVaw1ZGWKxr6CgHmizY209Ynxj, acessado em 4 de abril de 2022.

passagem forçada, a superfície, a anticrese, a permissão para o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, o casamento nuncupativo, a presunção de que foram concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial, a adoção de adultos, o regime de participação final nos aquarestos etc. Alguém, em sã consciência, haverá de garantir que essas hipóteses são comuns, vulgares, corriqueiras? Aliás, se dependesse do número em que são utilizados, em nosso país, teríamos que riscar do Código toda a matéria relativa aos testamentos!

Apesar da forma enigmática e misteriosa com que apareceu e ficou o § 1º do art. 1.571 do novo Código Civil, inscrevo-me dentre os que aplaudem a solução que ele apresenta, considerando dissolvido o casamento do ausente cuja morte presumida foi declarada por sentença, abrindo-se a sucessão definitiva do mesmo.

A essa altura o leitor certamente já espera o porvir. Terminasse aqui a novela envolvendo João, Maria e Jessé não teria razão de ter ocupado essas páginas, óbvio, portanto, que nesse momento em que a vida parecia se encaixar para Maria, João decide reaparecer. Curioso que o Código tenha se debruçado sobre a hipótese, mas somente tenha dado soluções em sentido patrimonial. Vejamos o que diz o seu art. 39:

Art. 39. Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.

A Lei civil apresenta solução para a retomada do patrimônio, ou dos valores obtidos pelo herdeiro com a sua venda, mas nada diz sobre o novo casamento do cônjuge do ausente. É que, se levarmos em consideração que João sempre esteve vivo, Maria nunca foi viúva, e portanto, o casamento celebrado com Jessé seria nulo, por ordem do art. 1.548, II.¹⁷ Ensina Pontes de Miranda, entretanto, que a validade é uma fotografia, assim, não serão reputados com inválidos atos que no momento de sua celebração eram perfeitos, e este era o caso do casamento de Maria e Jessé, afinal fora a própria lei, no mencionado art. 1.571, par. 1º quem assim definiu.

O fato é que ao contrário do que fazem os Códigos alemão, italiano, suíço, francês e argentino, o Código Civil Brasileiro de 2002 nada disciplina sobre a matéria. Curioso notar que o anteprojeto de Código Civil do Professor Orlando Gomes tratava do tema e previa algo muito semelhante com o que encontramos no Código Civil italiano:

¹⁷ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:
I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
II - por infringência de impedimento.

art. 63: “Transcorrido um ano após ter transitado em julgado a sentença que declare a morte presumida do ausente, pode o seu cônjuge contrair novo casamento. § 1º Regressando o ausente, o segundo casamento será declarado nulo, mas produzirá os efeitos do matrimônio putativo”

A falta de lei gerou soluções variadas na doutrina, era de se esperar. Para Sílvio Rodrigues¹⁸ e Maria Helena Diniz¹⁹, por exemplo, a solução italiana, também prevista no anteprojeto que não virou Código, deveria ser aplicada ao caso concreto e assim, o casamento de Maria com Jessé, uma vez que contraído enquanto o estado de casada da “nubente” perdurava, deveria ser declarado nulo, não obstante, produza efeitos em virtude da putatividade, reconhecida nos termos do art. 1.561 do CC/2002²⁰. Outra, porém, foi a leitura de Zeno Veloso. Vejamos o que escreve ao comentar a posição de Sílvio Rodrigues:

Primeiramente, cumpro o dever de louvar o insigne escritor por ter abordado corajosamente a questão, analisando uma das principais e mais controvertidas inovações trazidas pelo Código Civil vigente, e disto se ressentem outras obras de doutrina. Mas não consigo concordar com a opinião de meu querido e saudoso mestre – e do eminentíssimo atualizador de seu livro, professor Francisco José Cahali – de que, no caso, deve ser considerado nulo o segundo casamento do cônjuge do ausente, pela verificação de impedimento matrimonial. Ora, é o próprio Código Civil, no art. 6º, segunda parte, que afirma que se presume a morte, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva (prevista no art. 37), e, no § 1º, segunda parte, do art. 1.571 afirma que o casamento válido se dissolve pela morte presumida do ausente. Se a norma considera dissolvido, no caso, o vínculo matrimonial, como dar por nulo o novo casamento da pessoa que foi casada com o ausente, e cujo casamento a lei mesma tem por extinto?

Zeno parece se afiliar à solução germânica, é que naquele país a matéria é enfrentada pelos artigos 38 e 39 da Lei do Casamento (*Ehegesetz*), de 20 de fevereiro de 1946 e, para os alemães “Se o cônjuge contrair novas núpcias depois que o outro cônjuge foi declarado morto, não será o novo casamento nulo pela circunstância de que o cônjuge declarado morto ainda vivia, a não ser que ambos os cônjuges, na celebração do casamento, soubessem que o declarado morto tinha sobrevivido”

Diante disso, Zeno chegou mesmo a propor a mudança da Lei:

¹⁸ Rodrigues, Sílvio, Direito Civil – Direito de Família, Saraiva, São Paulo, 2002, 27^a ed., v. 6, atualizado por Francisco José Cahali, ns. 11 e 233, pp 34 e 469.

¹⁹ Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5, 19^a ed., 2004, Direito de Família, Saraiva, São Paulo, p. 232.

²⁰ Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

Assim, encerrando essas digressões, e não me limitando à crítica, venho sugerir que seja introduzido no Código Civil o art. 1.571-A, com a redação seguinte: “Art. 1.571-A. Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento, e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece dissolvido”.²¹

Este também nos parece ser o caminho a ser trilhado. E essa foi só mais uma vez que Zeno Veloso enxergando a profundidade da vida nos deu uma solução mais condizente com ela do que a que tínhamos no *status quo*. A verdade é que em matéria de “ausência”, a que o Direito Civil mais se ressente é justamente a do jurista Paraense.

²¹ https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiU_ePVmf-v2AhXGkZUCHSjQD_MQFnoECAYQAw&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fassets%2Fuploads%2Fartigos%2FZENO-ARTIGO.doc&usg=AOvVaw1ZGWKxr6CgHmizY209Ynxj, acessado em 4 de abril de 2022.

CAPÍTULO 5

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

*Desirée Bentes Donis
Nalinny Coelho de Brito*

1. INTRODUÇÃO

A era digital, movida pelo impulso da dinâmica da globalização e pelas novas formas de interação interpessoal, ocasionou mudanças nos planos tecnológico, cultural e econômico. Esse cenário foi imprescindível ao surgimento de sujeitos profissionais da comunicação - influenciadores digitais - que pudessem filtrar a quantidade de informações geradas diariamente pelos mais diversos meios de comunicação, sobretudo pelas redes sociais, que se tornaram a “vitrine” dos negócios.

O poder de persuasão que os *influencers* exercem sobre seus seguidores e demais usuários da *web* é tão significativo ao ponto de conseguirem estabelecer um vínculo afetivo. Em razão disso, as marcas passam a associar suas estratégias de publicidade a essas figuras, garantindo assim, que o público atingido se converta em potenciais consumidores.

Levando em consideração as novas formas de interação e o poder de convencimento dos digitais *influencers*, sobrevém a problemática acerca da classificação empresarial em decorrência do exercício da atividade e da possibilidade de serem integrados à relação de consumo, bem como a possibilidade de incidência do instituto da responsabilidade civil frente a publicidade ilícita realizada. Sendo assim, mediante a configuração de uma publicidade ilícita em suas publicações, os influenciadores deverão ser responsabilizados civilmente? Se sim, qual o limite da aplicação deste instituto?

Isto posto, o presente artigo tem a pretensão de demonstrar as implicações jurídicas derivadas do vínculo entre os influenciadores digitais e a relação de consumo, analisando a aplicação da responsabilidade civil na fase pré-contratual quando restar configurada uma publicidade ilícita.

2. O INFLUENCIADOR DIGITAL E A SOCIEDADE DE CONSUMO

Segundo Lipovetsky e Serroy (2015), o sistema do capitalismo artista se iniciou na segunda metade do século XIX e se desenvolveu na era hipermoderna, transformando a atividade estética do capitalismo em uma dimensão estrutural e exponencial de forma revolucionária. As características de sedução, do espetáculo e do divertimento implicaram no novo processo de criação, na forma de comunicação, na dinâmica dos serviços e distribuição dos bens de consumo.

Assim, consolida-se o novo paradigma da superestimação do hiperconsumo, do valor material que é constantemente ressignificado, confirmando a ideia apontada por Lipovetsky (2019, *online*): “o capitalismo não cessa de criar necessidade, de convidar ao prazer”.

É inquestionável que o estilo de vida dinâmico e imediatista deu espaço a novas formas de interação entre as pessoas, ocasião em que se destacaram os influenciadores digitais. São pessoas comuns cuja forma de falar, de agir e de viver lhes agrega destaque e relevância, elevando-os ao status de influência e, por consequência, servindo como relevantes instrumentos de convencimento da sociedade hipermoderna de consumo.

As mídias sociais permitem que qualquer indivíduo possa ser produtor de conteúdo, por meio de publicações em seu perfil, no entanto os influenciadores digitais diferem-se dos usuários comuns na medida em que se estabelecem como mídia autônoma, influindo sobre a capacidade de escolha dos seus seguidores, monetizando essa atividade. As razões que permitem esse status são, principalmente, duas: a necessidade de filtrar as informações geradas e as características pessoais que proporcionam a confiabilidade e a aproximação pessoal com os seguidores (KARHAWI, 2016).

Devido ao grande volume de informações geradas diariamente, fenômeno que tende a ser cada vez mais intensificado pelas mídias sociais, o usuário passa a analisar essas informações através de “filtros” realizados por uma pessoa, entidade, ou perfil com quem confia e se identifica e, por isso, atualmente os influenciadores digitais são considerados como novas estratégias de marketing no mundo virtual, o chamado marketing de influência.

O marketing de influência consiste em um conjunto de ações e estratégias utilizando o digital *influencer*, com o intuito de influenciar na decisão de aquisição do produto ou serviço, gerar novos clientes, além de propiciar o sentimento de credibilidade sobre a marca (MATOS, 2018). O consumidor se torna mais propenso a consumir promoções ou divulgações “naturais e espontâneas” realizadas por pessoas que detém verdadeiramente sua atenção e apreço.

Os fornecedores analisam o poder de influência do criador de conteúdo dentro do nicho pretendido no momento da contratação, utilizando-se de dois parâmetros essenciais: a confiabilidade e o engajamento com seus seguidores. A confiabilidade se dá em razão da identificação com o conhecimento da temática em questão, com a personalidade, credibilidade, com a imagem associada à divulgação, bem como a reputação que é trazida pela confiança coletiva que lhe é depositada (KARHAWI, 2016). Já o engajamento é a interação dos seguidores com os conteúdos publicados nos perfis dos influenciadores através de curtidas, comentários, compartilhamento de posts, dentre outras ações capazes de demonstrar o interesse.

O influenciador digital é considerado uma pessoa comum, e por essa razão a aproximação com seus seguidores é mais simplificada; não é necessário que ele esteja representando um personagem, na verdade ele cria a sua “marca” através seu próprio “Eu”, apresentando tão somente sua identidade.

Assim, o que o diferencia das celebridades é o sujeito do “Eu” em questão, pois enquanto as celebridades encontram-se sob os holofotes, distantes do seu público, o *influencer* ocupa as plataformas digitais, conseguindo dialogar em grau de igualdade com os usuários, utilizando-se constantemente de estratégias da pessoalidade, da primeira pessoa em suas falas, bem como da escrita que reflete um tom intimista (KARHAWI, 2016).

2.1. A classificação profissional e empresarial do influenciador digital

As características que conceituam um profissional são: o conhecimento especial, a habitualidade de prestação de atividade e a natureza econômica (MIRAGEM, 2016). Os influenciadores digitais configuram-se como agentes profissionais por produzirem conteúdo com frequência habitual, utilizando-se de conhecimentos pessoais, de características e traços de sua personalidade, para exercer influência através de suas publicações.

Quanto à sua classificação profissional, não se enquadram na categoria de profissional liberal, visto que não é exigido a eles qualquer comprovação de conhecimento técnico para que possam legalmente desenvolver as suas atividades. Ainda que exista o projeto de lei nº 10937/2018 que visa regulamentar a atividade de influenciador digital, não há ainda qualquer regulamentação desta atividade.

Por esta razão e pelo fato de serem detentores do poder de direcionamento da sua atividade, não estando submetidos a um superior hierárquico, são classificados como autônomos. Assim, na hipótese de danos oriundos de sua atividade, aplicar-lhe-á a teoria do risco em que ocorre a incidência do instituto da responsabilidade objetiva.

Outra classificação que o influenciador pode se enquadrar é a da categoria dos empresários, tendo em vista que o exercício de sua atividade se amolda aos requisitos previstos no art. 966 do código civil, como o caráter profissional de circulação de serviços com a finalidade lucrativa, de maneira estruturalmente organizada, constituindo o elemento de empresa e o dever de registro, conforme o art. 967 do CC (MAMEDE, 2018). Em alguns casos, essas figuras podem constituir elemento de empresa também em razão de exercerem de forma organizada e estruturada a atividade econômica de circulação de produtos, atuando para além do marketing de influência.

Nessas hipóteses, utilizam-se das qualidades e características proporcionadas pela sua atividade profissional para criar e registrar seu próprio negócio de acordo com a área pela qual são reconhecidos ou pelos assuntos que dominam. Como por exemplo, a *influencer* Bianca Andrade que utilizou o nome do seu canal do Youtube “Boca Rosa” como nome fantasia da sua agência de publicidade e da sua linha de cosméticos.

3. A PUBLICIDADE DIGITAL SOB O ENFOQUE DAS NORMAS JURÍDICAS E AUTORREGULAMENTADORAS

3.1. A aplicabilidade das normas jurídicas frente à publicidade ilícita

A publicidade é um dos fenômenos gerados pela sociedade de consumo, sendo uma prática baseada na formulação de conteúdo aos mais variados meios de comunicação com o intuito de fomentar o desejo do público em adquirir o produto ou serviço divulgado (MIRAGEM, 2016). No entanto, salienta-se que a publicidade possui extrema relevância na sociedade contemporânea, em razão de constituir um pilar à livre iniciativa (art. 170, CF) através de sua capacidade de modificar e induzir comportamentos, características notavelmente intensificadas no âmbito digital (BRITO, 2016).

Isto posto, as normas jurídicas previstas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet e no Decreto nº. 7962/13, incidem sobre as relações presenciais, bem como as estabelecidas pelos meios digitais, inclusive sobre a publicidade que as envolvem (PINHEIRO, 2016).

Frente ao reconhecimento de presunção da vulnerabilidade do consumidor, a regulamentação da publicidade será exercida de forma mista, pelo controle externo do SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) por meio do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos PROCON's; e pelo controle interno através de instrumentos de autorregulamentação, a exemplo do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

O Código de Defesa do Consumidor atua através de suas normas e princípios como instrumento necessário para a concretização da tutela jurisdicional

específica, para a garantia de seus direitos no âmbito material e processual. E assim o fez o art. 4º do CDC, enfatizando a vulnerabilidade como um dos princípios norteadores das relações de consumo, presumindo-a como parte da relação.

O Código de Defesa do Consumidor se preocupa em disciplinar todos os momentos contratuais: a fase pré-contratual, a contratual e a pós-contratual. Enfatize-se que na fase pré-contratual, apesar de não haver de fato uma relação contratual concretizada, já ocorre a influência sobre a liberdade de escolha do consumidor, que é induzido através das estratégias de publicidade (VERBICARO, 2019).

Dessa maneira, o código tutela os interesses do consumidor desde o momento da publicidade ou da oferta, em razão de ser determinante para a efetivação da relação consumerista. Por certo, o CDC estabelece princípios norteadores da publicidade.

No que diz respeito ao ambiente virtual, considerando que a nova dinâmica da publicidade vem sendo dominada pelos influenciadores digitais, deve-se atentar para as problemáticas advindas da publicidade ilícita, sendo aquela que infringe os princípios e normas norteadoras do CDC, constituindo ato ilícito. É dividida em duas modalidades, a enganosa (art. 37, §1º) e a abusiva (art. 37, §2º).

A publicidade enganosa caracteriza-se por violar o dever de veracidade e clareza estabelecidos pelo CDC, seja pelo fato das informações apresentadas serem falsas em partes ou em sua totalidade, ou por omissão sobre dado essencial, induzindo o consumidor ao erro. Por essa razão, o legislador, ao tipificar essa modalidade, visou proteger a confiança e a liberdade de escolha do consumidor, visto que a publicidade o leva a adotar comportamento diverso daquele que adotaria caso tivesse acesso à totalidade dos dados referentes ao produto ou serviço.

A publicidade abusiva é toda aquela que contraria os valores sociais, os bens jurídicos tutelados, que se utiliza da vulnerabilidade agravada de certos consumidores, como as crianças e os idosos, ou que induz comportamentos prejudiciais aos indivíduos. Desta forma, como explica Bruno Miragem (2016), essa modalidade é indeterminada e por isso o CDC não a conceitua de forma taxativa, dispondo apenas de um rol exemplificativo, assim, para ser caracterizada dependerá da análise do caso concreto, do nível de ofensa à comunidade, bem como aos bons costumes ou aos direitos fundamentais violados.

3.2. A regulamentação da publicidade no Brasil por meio das normas autorregulamentadoras

Além do Código de Direito do Consumidor, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) utilizado pelo Conselho Nacional

de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) também é um importante instrumento para a garantia e efetivação dos direitos do consumidor frente à publicidade ilícita.

O artigo 18 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária dispõe que o anúncio deve ser entendido de forma ampla, caracterizando-se como o espaço ou tempo pago pelo anunciante, justamente para abranger toda e qualquer modalidade de publicidade. Portanto, apesar dos *influencers* não serem propriamente profissionais publicitários, devem seguir as orientações do CONAR e seu código, tendo em vista que a publicidade é entendida em sentido lato, podendo ser realizada por profissionais específicos da área ou por outros, possuindo como requisito a apresentação de anúncio que promova um produto ou serviço, ainda que de forma indireta.

3.3. O “*publipost*” nas redes sociais e o limite da liberdade de expressão comercial

Pelo fato dos *influencers* não utilizarem suas redes exclusivamente em caráter pessoal, mas também como comercial, surge um dos maiores desafios para os órgãos de autorregulamentação publicitária, que é o da identificação e diferenciação do *friendly advice* para uma publicidade velada.

Cumpre lembrar que embora o CONAR defende a liberdade de expressão comercial, esse direito não é absoluto, podendo ser limitado sem que isso configure uma ofensa ao direito constitucional da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF) e incida na prática da censura (art. 220, §1º e §2º, CF), levando em consideração que a publicidade comercial não é uma apresentação e promoção pessoal de ideias, mas uma atividade econômica que visa induzir e seduzir ao consumo de certo bem ou serviço.

Cônsono ao entendimento de Fabiana Nogueira Neves (2009), seria ao menos ingênuo interpretar o papel da publicidade comercial de forma diferente, senão a de um complexo estrategismo. Esse instrumento se consolidou como um mecanismo indispensável para o mercado capitalista neoliberal, acirrando a livre concorrência associada ao princípio da livre iniciativa. A publicidade não se limita a um instrumento de informação, mas utiliza o caráter da informação juntamente com elementos apelativos e técnicas persuasivas para garantir a sua finalidade originária, a econômica, estimulando o consumidor ao ato da compra.

A mesma Constituição que protege a ordem econômica – e, portanto, admite mecanismos como marketing e publicidade comercial – também tutela outros direitos, dentre eles os direitos fundamentais. Assim, embora atividade lícita, a publicidade comercial pode sofrer limitações em respeito a outros direitos constitucionalmente tutelados” (NUNES JUNIOR; TRETTEL, 2008 *apud* NEVES, 2009, p. 11).

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

A responsabilidade civil prevista no art. 927 CC/02 incide quando ocorre uma ação ou omissão que viola direito ou provoca prejuízo a outrem, sua finalidade é restaurar o equilíbrio da relação jurídica e reparar o dano decorrente do ato ilícito. Ademais, art. 929 e 930 do mesmo código preveem hipóteses de responsabilização civil por atos lícitos (GONÇALVES, 2018).

A responsabilidade civil subjetiva dependerá da análise do nexo de causalidade e da efetiva comprovação da culpa ou dolo do agente; a responsabilidade civil objetiva independe da análise de culpa ou dolo do agente, bastando que seja comprovado o nexo de causalidade. Esta última justifica-se em diversas teorias, sendo uma delas a teoria do risco (art. 927, PÚ do CC/02), em que o dano causado pelo exercício normalmente desenvolvido em prol do seu responsável, deverá ser reparado por ele, independentemente da análise de culpa, justamente pelo resultado ter advindo do risco da atividade que lhe beneficia (GONÇALVES, 2018).

Em regra, a responsabilidade é individual, incidindo unicamente sobre o agente praticante do ato que ensejou o dano, no entanto há casos em que a responsabilidade será solidária. O Código de Defesa do Consumidor considera norteador o princípio da ampla e efetiva reparação do dano (art. 6, VI) por proporcionar a integralidade na reparação dos danos materiais e morais sofridos pelo consumidor, além de garantir amplitude e segurança no acesso ao judiciário. Esse princípio fundamenta a lógica do legislador em adotar a responsabilidade objetiva e solidária no direito do consumidor (VERBICARO, 2019).

Em que pese os art. 30 e 35 do CDC, que aludem sobre o princípio da vinculação da oferta, não deixarem claro o tipo de responsabilidade que será utilizada quando este princípio não for observado, levando em consideração a análise objetiva que o referido código adota, não resta outra opção senão a de interpretar que essa regra também será aplicada à fase pré-contratual.

Em relação à aplicação da responsabilidade de cada agente que participa da cadeia publicitária e consumerista, há divergentes interpretações doutrinárias. A primeira defende que apenas o fornecedor-anunciante irá responder pelos danos oriundos da publicidade ilícita, tendo em vista o que dispõe o art. 38 do CDC.

Consoante ao entendimento jurisprudencial, como no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, o dispositivo supramencionado limita a responsabilidade apenas ao fornecedor-anunciante, portanto os demais agentes só poderiam ter a obrigação reparadora se fossem fornecedores e patrocinadores do anúncio. Assim, o fornecedor define a publicidade mediante o *briefing*¹ e

¹ Uma espécie de planejamento realizado pelo fornecedor no sentido de realizar um apuramento das informações e instruções preliminares do produto ou serviço da empresa anunciante que serão repassadas

é o único agente que detém o poder de requerer e aprovar a publicidade, por esta razão seria o único responsável.

Na segunda corrente, as agências de publicidade e os veículos de comunicação podem ser responsabilizados subjetivamente na hipótese de agirem com culpa ou dolo. Por fim, a terceira interpretação doutrinária utiliza como base os artigos 7º e 25, §1º do CDC, os quais dispõem que quando há mais de um responsável pelo dano gerado, todos responderão solidariamente. Para essa corrente, o art. 25 está relacionado ao art. 18 do CDC sobre os danos decorrentes do vício de qualidade e quantidade dos produtos e serviços, que incluem aqueles decorrentes das mensagens publicitárias (DIAS, 2013).

Para Dias (2013), a aplicação da responsabilidade dos agentes econômicos participantes da cadeia publicitária deve ser analisada de forma individualizada, pois nem todos os agentes estão vinculados diretamente à criação e fomentação da publicidade ilícita. As agências de publicidade estão ligadas diretamente ao anúncio por participarem ativamente de sua criação e execução, restando conectadas aos bens e serviços ali promovidos e, por esta razão, são vistas como coautoras do ato ilícito, com base nos artigos 7º e 25 do CDC.

Esse entendimento encontra-se pautado também no Código de Autorregulamentação Publicitária que dispõe em seu art. 45 acerca da responsabilidade solidária sobre o enfoque das normas éticas. Ademais, trata sobre a obrigação da agência e da marca de se disporem a comprovar os atos de veracidade publicitária (DIAS, 2013). Entretanto, quando comprovado que o ato ilícito praticado decorreu exclusivamente por culpa alheia ou de terceiros, como do fornecedor-anunciante, os agentes serão tutelados pela ação de regresso.

No que tange os veículos de comunicação, apenas seriam responsabilizados em caso de dolo ou culpa, por não participarem da formulação do anúncio publicitário, sendo apenas um meio para sua difusão, e por isso não se configura a coautoria. Além disso, as celebridades, para a autora, seriam responsabilizadas de forma subjetiva, tendo em vista que são apenas portadoras de voz na marca e não participam da formulação publicitária (DIAS, 2013).

4.1. A aplicabilidade da responsabilidade civil aos influenciadores digitais

Como os influenciadores digitais podem ser classificados como autônomos ou empresários, será aplicada a teoria do risco em virtude do exercício de sua atividade. Esse entendimento foi adotado em recente decisão do Juizado Es-

às agências publicitárias e aos demais profissionais da comunicação envolvidos na publicidade para que sejam orientados de acordo os seus interesses e objetivos (DIAS, 2013).

pecial Cível de Barra Mansa (2020) no Processo n° 0019543-02.2019.8.19.0007, movido em face de uma influenciadora digital.

A sentença condenou a *influencer* Virgínia a indenizar sua seguidora no valor de um *Iphone 8* pelo fato de ter influenciado a requerente a comprá-lo em uma loja virtual, por meio de publicações em seu perfil e pagas pela suposta loja, e o produto não ter sido entregue, tratando-se na verdade de um golpe aplicado nacionalmente. A fundamentação da decisão se justificou no art. 927, P.Ú, do CC sobre a incidência da responsabilidade civil objetiva.

Embora não reconhecida a relação de consumo pelo juízo, a atividade remunerada de expor produtos para venda nas mídias sociais e atribuí-los a um “selo de aprovação”, foi fator determinante para a efetivação da compra pela autora. Portanto, deverá arcar com o risco inerente à natureza da atividade econômica, habitual e lucrativa, inclusive quanto às consequências jurídicas.

4.1.1 Um paralelo entre a atuação dos influenciadores e os publicitários na cadeia de consumo

Apesar de não configurada relação de consumo no caso acima, a presente pesquisa pactua com a reflexão feita por Pinheiro (2016) sobre a linha tênue entre a publicidade e a transação comercial no meio digital. Na *internet* o usuário consegue efetivar uma compra através de dois cliques por meio de um anúncio, seja por *banners* ou *pop ups* nos *sites*. Desse modo, os publicitários estão se tornando verdadeiros vendedores ao persuadirem o usuário ao longo de todo o processo até finalizá-lo.

Fazendo um paralelo entre o influenciador e o publicitário, o primeiro também estaria fazendo parte da cadeia de consumo, tendo em vista que se equiparam a vendedores, utilizando seu poder de persuasão frente aos seus seguidores e efetivando transações comerciais por meio de funcionalidades digitais, a exemplo do “arrasta para cima” no Instagram.

4.1.2 Um paralelo entre as agências publicitárias e os influenciadores

Dias (2013) discute a responsabilidade objetiva e solidária das agências publicitárias, tendo em vista que possuem forte ligação com o fornecedor-anunciante em razão de estarem diretamente envolvidas com o bem de consumo por todo o processo originário e criativo da publicidade.

Ao que tudo indica, perante o exposto, é possível realizar uma comparação entre os *influencers* e as agências, na medida em que esses executam e projetam todo o anúncio publicitário com base nas especificidades do produto, e aqueles participam da formulação do anúncio, estando diretamente interli-

gados às informações transmitidas acerca do bem de consumo, objetivando transmitir espontaneidade aos seus seguidores.

4.1.3 Um paralelo entre os influenciadores e as celebridades em relação a responsabilidade subjetiva

As celebridades são vistas meramente como porta-vozes, pois não participam ativamente da criação do anúncio e, por essa razão, não seriam responsabilizadas de forma objetiva e solidária pelos danos oriundos da publicidade ilícita, consoante ao que ensina Dias (2013). Para a autora, poderá incidir apenas a responsabilidade subjetiva e nos anúncios que se utilizam de declarações pessoais acerca do produto ou serviço, pois nestas hipóteses presume-se que a celebridade realizou diligências prévias de verificação das informações disponibilizadas pelo fornecedor-anunciante. Logo, configura-se dolosa a conduta do profissional que promove anúncios mesmo sabendo que as informações não condizem com a verdade, seja em parte ou totalmente.

A tese estabelecida por Dias (2013) em relação às celebridades não se aplicaria aos influenciadores, pois, ainda que se tornem celebridades, sempre irão se distinguir pelas características de aproximação, igualdade e influência advindas da essência de sua atividade, razão pela qual possuem maior poder persuasivo na cadeia de consumo.

Além disso, apesar da autora defender que a responsabilidade objetiva não incidirá sobre aquela que está atuando como porta-voz da publicidade, a presente pesquisa discorda da tese por entender que ela não se aplica aos influenciadores em razão da sua classificação profissional.

Os influenciadores podem ser autônomos ou empresários, portanto, não assiste razão em aplicar as regras da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, prevista no art. 14 do CDC, aos influenciadores. Desse modo, a responsabilidade aplicada será com base na teoria do risco levando em consideração que a atividade por eles desenvolvida traz consigo riscos inerentes.

4.2. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais

Nesse sentido, com base nas teorias da aparência e da boa-fé objetiva nas matérias consumerista, ambas defendidas por Tartuce (2018), levando em consideração que os influenciadores são fundamentais para a fase pré-contratual e concretização da relação de consumo, sugere-se que eles também assumam responsabilidade objetiva e solidária ao lado dos fornecedores diante dos anúncios ilícitos.

Apesar de considerados “coautores”, não assiste lógica em terem que garantir o cumprimento forçado da oferta por não serem, de fato, os fornecedores

do bem de consumo ou serviço divulgado, sendo esta uma responsabilidade exclusiva do próprio agente econômico ou fornecedor-anunciante (art. 3º do CDC). Eles não possuem o nível de conhecimento técnico-informacional acerca do produto ou serviço publicizado que sejam suficientes para lhes colocar na posição de garantidor da oferta. Por esta razão, a responsabilidade dos *influencers* limita-se à reparação dos danos causados pela publicidade ilícita, não se estendendo ao vício ou defeito do bem ou serviço propriamente ditos (DIAS, 2013).

As informações promovidas por eles são limitadas pelas informações fornecidas inicialmente pelos próprios fornecedores que, se reitere, são os verdadeiros responsáveis por aprovarem aquela publicidade antes mesmo de ser veiculada, independente do meio pelo qual for. Dessa forma, se comprovado que o ilícito decorreu do fornecedor-anunciante, como na hipótese do próprio influenciador ser levado a erro por aquele, esses profissionais podem buscar o resarcimento mediante ação de regresso (arts. 934 do CC e 13, P.Ú do CDC).

Nas hipóteses dos influenciadores digitais serem empresários, podem ocorrer duas situações distintas. Na primeira, a empresa limita-se à publicidade do bem de consumo, respondendo como os demais influenciadores autônomos. Na hipótese de desenvolver empresa de circulação de bens, sendo fornecedor do produto ou serviço ofertado, responderá sobre o vício ou defeito do bem, independentemente de estarem associados à oferta.

5. CONCLUSÃO

Destarte, o presente artigo conclui que não há justificativa plausível que sustente a isenção de responsabilidade dos influenciadores, tendo em vista a natureza da atividade que exercem, a qual estabelece uma relação de confiança com os consumidores sobre o seu trabalho de divulgação, sendo, inclusive, remunerados para isso. Devem se utilizar da prerrogativa de liberdade para decidirem sobre quais contratos irão assumir, e diante dessa posição, considerar os riscos inerentes, todos os prós e contras, tendo a ciência de seu papel fundamental na sociedade de hiperconsumo e da sua responsabilidade pelo anúncio, conforme disposições do Código de autorregulamentação publicitária.

REFERÊNCIAS

BRITO, D. P. **Publicidade subliminar na internet:** identificação e responsabilização nas relações de consumo. 2016. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bits-tream/123456789/21705/1/Tese%20-%20Finalizada%20-%20Dante%20Ponte.pdf>. (Acesso em: 31 out. 2020).

CALDEIRA, M. A. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o advento do código de defesa do consumidor. Revista da Faculdade de Direito Universidade Metodista de São Paulo, São Paulo, v. 1, n.1,p.310-323. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/497> (Acesso: 14 nov. 2020).

- DIAS, L. A. L. M. **Publicidade e direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FARAGE FILHO, D. F.; MONTÃO, V. M. F.; VERBICARO, D. **As inquietações envolvendo a privacidade virtual e os dados pessoais na era dos influenciadores digitais**. In: VERBICARO, Dennis; VERBICARO, L; VIEIRA, J (coord.). *Direito do consumidor digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- KARHAWI, I. **Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria**. In: CORRÊA, E. S.; SILVEIRA, S. C. (org.). *Tendências em comunicação digital*. São Paulo: ECA/USP, 2016. p. 39-59. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/87>. (Acesso em: 01 nov. 2020).
- LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. **A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- LIPOVETSKY, G. O capitalismo é que é a grande força revolucionária. **Ípsilon**. Lisboa, 23 jan. 2019. Disponível em: <https://www.publico.pt/2019/01/23/culturaipsilon/entrevista/gilles-lipovetsky-capitalismo-forca-revolucionaria-1859015>. (Acesso em: 18 nov. 2020).
- MAMEDE, G. **Manual de direito empresarial**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- MATOS, R. O que é Marketing de Influência e como ele pode ajudar a sua estratégia digital? **Rock Content**. [S. l.], 9 set. 2020. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/marketing-de-influencia/>. (Acesso em: 5 out. 2020).
- NEVES, F. N **Liberdade de Expressão Comercial: um direito fundamental ou apenas mais um slogan publicitário**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO, 32., 2009, Curitiba. *Anais* [...]. Curitiba: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2009. p. 1-14. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/r4-0668-1.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou. *Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou> [Jur - Influenciadora digital responde por golpe de loja que indicou]. Acesso em: 17 de dez. de 2021.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. 7. Ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- VERBICARO, D. **Consumo e cidadania: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CAPÍTULO 6

O DIREITO DE MORRER

Júlio Antonio Lopes

“A ciência, se fôssemos eternos, num transporte de desespero inventaria a morte”.
Guilherme de Almeida

A consciência da finitude sempre despertou no homem dois sentimentos antagônicos: o desejo da imortalidade e o temor da hora derradeira, que ninguém sabe como ou quando virá.

Em que pese os avanços da medicina, cujos resultados, não isoladamente, mas em conjunto com outros fatores, foram responsáveis pelo aumento da expectativa e da melhoria da qualidade de vida das pessoas, são muitos, angustiantes e dolorosos ainda, sob os pontos de vista fisiológico e espiritual, os últimos momentos de um paciente que sofre de doença incurável e agressiva e que se encontre em estado vegetativo. Em tais circunstâncias, pergunta-se: seria lícito perante o ordenamento jurídico pátrio que o sujeito pudesse dispor sobre a sua própria morte, planejando-a, recusando tratamentos invasivos e, pior do que isto, inúteis no sentido da cura? Poderiam os médicos prover ao moribundo, mediante a explicitação de sua última vontade, tratamentos paliativos que tornassem a sua passagem deste para outro plano mais suave? Ou, pelo contrário, alguém seria obrigado a viver, por obstinação dos profissionais da medicina ou de familiares?

O tema é tabu, o maior tabu nos dias de hoje. Vivemos como se nunca fôssemos morrer, quase não se fala da morte, embora com ela tenhamos, mesmo, como no título de famoso filme estrelado por Anthony Hopkins e Brad Pitt, um encontro marcado. É preciso, contudo, encará-la com lucidez, maturidade, compaixão e respeito ao indivíduo, ao qual deve ser garantido o direito de autodeterminar-se e de escolher, para si, um fim digno.

A este propósito, aliás, se vem desenvolvendo no mundo e, agora no Brasil, com maior força, a tese de que, assim como o ser humano possui o direito constitucional de viver com dignidade, também possui o direito, de igual dimensão, de morrer com dignidade, deixando, por escrito, as chamadas diretivas antecipadas quanto ao seu fim de vida, o testamento vital e o mandato duradouro.

Tal entendimento encontra lastro, basicamente, nos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana. Quanto ao primeiro, pode-se citar o disposto no inciso III do art. 7º da Lei 8.080/90, que trata das ações e serviços de saúde no Brasil, o qual assegura a *“autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”*; assim como nos artigos 11 e 15 do Código Civil, segundo os quais *“os direitos da personalidade não podem sofrer limitação em seu exercício”* e que *“ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”*. O segundo, de outra banda, vem consagrado no inciso III do art. 1º; e incisos II e III do art. 5º da Constituição Federal, como *“fundamento da República Federativa do Brasil”* e, no que tange à vida e à liberdade, o de que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, assim como *“ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante”*. Agulhadas, entubação, isolamento em UTI, cirurgias invasivas, remédios que deflagram terríveis efeitos colaterais, “vida” vegetativa, nada disso colaborando para a cura, configuram, a meu ver, circunstâncias que se encaixam nos dispositivos acima citados.

Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), vale dizer, abriram o caminho para essa possibilidade em nosso país, em especial se se cuidar de ortotanásia, conceito que exploraremos adiante.

A Resolução nº1.85/2006, consigna: *“Art.1º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”*. Ela foi objeto de uma Ação Civil Pública (ACP), movida pelo Ministério Público Federal (MPF), mas que foi julgada improcedente. A Resolução nº1.931/2009 (Código de Ética Médica), por sua vez, registrou, em seu art.24, que caracteriza infração ético-disciplinar *“deixar (o médico) de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre a sua pessoa, seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”*. Por fim, a Resolução nº1.995/2012, definiu, em seu art.1º, *“as diretivas antecipadas da vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”*. Essa última resolução também foi alvo de ACP, movida pelo MPF, mas foi igualmente julgada improcedente, estando em grau de recurso.

Em reforço desses argumentos é válido lembrar que a vida não é um direito absoluto. Ela é relativizada diante de outros valores ou de determinadas circunstâncias. O ordenamento jurídico brasileiro permite que a vida seja suprimida sem

que o agente venha a responder por seus atos, nos seguintes casos, que relaciono apenas a título de exemplos alígeros, mas eloquentes: a) pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII c/c o art. 84, XIX, da CF, sem falar que, nos termos do Código Penal Militar (CPM)), essa pena será decretada em caso de “traição e covardia” e será executada por “fuzilamento”; b) legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal, na esteira do art. 23 do Código Penal (CP); c) e o aborto decorrente de estupro ou para salvar a vida da gestante, na forma do art. 128, igualmente do CP. Ora, se o estado autoriza que se mate alguém nessas hipóteses, qual seria o impedimento de fundo jurídico relevante a obstar que o próprio interessado, a pessoa em quem a vida habita, pudesse escolher onde, como e quando deseja partir? Não há.

A jurisprudência, no Brasil, tem caminhado no sentido de prestigiar a autonomia privada do paciente e o seu direito de ter uma morte digna, como se pode ver a seguir:

“EMENTA. CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE ATUALMENTE SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO”. Ap. Cível 7004262, 21ª Câmara Cível, TJRS, relator Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 01/06/2011.

“EMENTA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. (...). 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 médico ou cirurgia (...). 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 nº1.995/2012 do CFM”. Ap. Cível 70054988266, 1ª Câmara Cível, TJRS, relator Irineu Mariani, j. 20/11/2013.

“EMENTA. DIREITO À SAÚDE. (...). Autorização de procedimento cirúrgico. Negativa do paciente. Necessidade de ser respeitada a vontade do paciente. O direito à vida previsto no art. 5º da CF não é absoluto, razão porque ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Judiciário intervir contra esta decisão”. Agravo de Instrumento nº 7006599078. 1ª Câmara Cível, TJRS, relator Sérgio Luiz Grassi Beck, j. 03/09/2015.

Por enquanto, todavia, os estudiosos agem com cautela, defendendo que tal direito, o de dispor sobre a própria morte, em especial no Brasil, caiba apenas nos casos de ORTOTANÁSIA, que se expressa pelo conjunto de medidas tomadas pela equipe médica que proporcionem uma morte natural ao paciente, mas sem dores e com o máximo de conforto, cuidando apenas dos sintomas da doença, que deve progredir até consumar-se no tempo certo. Um

exemplo desse tipo de morte com intervenção seria a suspensão da quimioterapia para um tumor que não responde mais ao tratamento.

O seu contraponto é a DISTANÁSIA, que se caracteriza pela adoção de medidas que prolongam a vida a qualquer custo, sem perspectivas de cura, por obstinação médica e que submete o paciente a sofrimento e a tratamentos fúteis. Isto, infelizmente, acontece com muita frequência nos hospitais brasileiros.

Há, também, o SUICÍDIO ASSISTIDO, o qual ocorre quando o médico ou a instituição facilitam o acesso pelo paciente a remédios que levam à morte, mas é o próprio paciente que deve administrá-lo. O caso mais conhecido é o de Jack Kevorkian, médico, filho de refugiados armênios que, nos anos 80, construiu um aparelho chamado “Thanatron”, o qual possibilitava aos pacientes cometer suicídio assistido, apertando um botão que liberava drogas no organismo. Ele auxiliou mais de 130 doentes terminais a morrer. Sofreu processos e, até aí, escapou de todos. Quando, no entanto, um paciente não teve forças para ativar o mecanismo, Jack, ele mesmo, o fez. Aí enfrentou julgamento por homicídio e foi condenado a 25 anos de prisão, com direito à liberdade condicional a partir de 2007, em razão de sua idade avançada.

Por fim, temos a EUTANÁSIA, que é aquele tipo de conduta praticada por terceiro, por motivos piedosos, que antecipam ou aceleram a morte do paciente, como injetar medicamentos letais ou desligar o maquinário que mantém a vida. No Brasil é fato típico, homicídio privilegiado. No Uruguai é permitido desde 1934 e, na Colômbia, desde 1997, neste último caso, desde que haja prévio consentimento do paciente.

Em março de 2019 participei, aqui em Manaus, na condição de palestrante, ao lado de renomados especialistas, de um grandioso evento, promovido pela Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA) e da Comissão de Direito Médico da OAB-AM, sob inspiração, coordenação e execução de minha confrere, doutora Sálvia Haddad, a precursora e maior especialista no tema em nosso estado. Em homenagem à sua luta, dedico-lhe este artigo, uma síntese de minha palestra na ocasião.

Para finalizar, gostaria de fazer um registro. Em 10 de maio de 2018 o bacharel em Ciências e Doutor em Filosofia pela Universidade de Londres, Doutor pela Universidade de Melbourne, Doutor Honoris Causa pela Universidade de Trieste, botânico e ecologista David Goodall, de 104 anos e absolutamente lúcido, viajou para a Suíça e, sob assistência de profissionais da medicina, também acompanhado pela família, cometeu o chamado suicídio assistido. Ele não estava sofrendo de nenhuma doença terminal, mas sempre foi defensor da ideia de que o sujeito deveria escolher o momento e o modo de sua morte. Sua opção foi motivada simplesmente porque David achava que a sua qualidade de vida se havia deteriorado bastante e ele estava cansado. Não está longe o dia em que todos poderão fazer tal escolha.

CAPÍTULO 7

ADVOCACIA EM BREVES NOTAS

Júlio Antonio Lopes

A TÍTULO DE INTRODUÇÃO

Completarei, em breve, 32 anos de advocacia. Quando olho para trás e lembro do meu aprendizado na “Velha Jaqueira”, lembro dos colegas, dos professores, da Praça e da Igreja dos Remédios, das lutas políticas e estudantis, fui presidente do Centro Acadêmico de Direito (CAD) em 1988, o ano mágico do nascimento da Constituição Cidadã, percebo que o tempo passou, as coisas mudaram, cresci e aprendi, errei, tentei de novo, mas, como diz o poeta, o coração continua. E continua o mesmo, cheio de sonhos e de busca por causas justas e, de preferência coletivas, pelas quais lutar.

Ao longo desse tempo não fiz fortuna pessoal. Isto, aliás, nunca foi meu interesse. Sempre preferi ajuntar tesouros nos céus, como nos ensinou o mestre Jesus e, por isto, tenho sido recompensado com o respeito e o reconhecimento de meus contemporâneos. É o que basta e o que me realiza. Vivo com dignidade e enfrentando os dissabores da profissão: noites sem dormir; preocupação com prazos; dedicação e angústia para ganhar mais do que perder, pois quem perde muito acaba por ficar sem o cliente; demora para receber honorários de sucumbência; às vezes horas de espera nas antessalas dos tribunais, tristezas, mas muitas alegrias também, pois tudo o que consegui foi graças à advocacia.

Quando jovens, todos nós pensamos, com apreensão, como será o futuro. Apesar de tudo, dos altos e baixos, das retas e curvas, dos encontros e dos desencontros, das pedras e das flores no meio do caminho de nossas vidas, posso dizer que o saldo tem sido positivo.

Na pressão do dia a dia sempre encontrei tempo para escrever, inclusive em jornais, desde quando era estudante de Direito. Aliás, sou articulista do jornal *A Crítica*, de Manaus, há exatos 32 anos... Já publiquei livros, ingressei em

entidades culturais e até idealizei e fundei, em parceria com outros notáveis juristas de nosso estado, a Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA). Nessa vida trepidante, encontrei intervalos para fazer breves anotações sobre alguns aspectos da nossa profissão, as quais compartilho na esperança de que sejam úteis, especialmente aos jovens advogados.

1. ORIGENS

A palavra advogado deriva do latim “*ad vocatus*”, cujo significado é “aquele que foi chamado” para representar outrem perante os tribunais. Há quem diga, nesta mesma linha, que a derivação correta seria “*ad vocarem*”, ou seja, “falar pelos outros”. De qualquer sorte o advogado, como o entendemos nos dias de hoje, é o bacharel em direito que, aprovado no Exame de Ordem, está apto a exercer – e de fato exerce – o *ius postulandi*, isto é, para atuar em nome dos interesses de pessoas físicas e jurídica que lhe contratem o patrocínio.

Ele é sujeito essencial à administração da Justiça, na forma consagrada pela Constituição brasileira de 1988 (art.133), bem como por corporificar a garantia de defesa e de contraditório, é também inviolável por seus atos e manifestações no desempenho de sua profissão, nos limites da lei.

Os primeiros advogados de que se tem notícia teriam surgido há três mil anos a.C, entre os sumérios, com previsão no famoso Código de Manu. Na Grécia antiga os grandes oradores eram os advogados. Mas foi em Roma, com o Imperador Justiniano, que se instalou, por assim dizer, a primeira Ordem dos Advogados, já com as seguintes exigências: registro no foro; aprovação em exame de jurisprudência; boa reputação; obrigação de defender a quem o pretor designasse; advogar sem falsidade; e não abandonar a causa.

No Brasil a advocacia foi introduzida pelas Ordенаções Filipinas, vindas de Portugal, mas o curso era feito por oito anos em Coimbra.

Em 1843 foi criado o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) por ato de D. Pedro II, a entidade do gênero mais antiga das Américas e uma das mais influentes de nossa história, que existe até os dias de hoje, com sede no Rio de Janeiro, a qual trazia na sua origem o ideário de instalar a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o que se concretizou, todavia, somente 90 anos depois. Atualmente a profissão, entre nós, é regulada pela Lei 8.906/94 (EOAB). O patrono dos advogados brasileiros é Rui Barbosa. Santo Ivo é o protetor dos advogados.

2. EXAME DE ORDEM

O sistema de seleção para avaliar se o estudante de direito possui conhecimentos teóricos e práticos para exercer, de fato, a profissão de advogado, vem

da Roma antiga, quando o candidato se tinha de cumprir alguns requisitos e passar por testes, com dito linhas atrás.

No Brasil o Exame de Ordem foi introduzido por meio da Lei 4.215/63, mas só foi regulamentado pela Lei 8.906/94 (EOAB), tornando-se unificado em nível nacional no ano de 2006. Desde então vem suscitando controvérsias. Uns dizem que ele não se presta aos objetivos desejados; outros sustentam, agora com apoio em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)¹, que julgou, de forma unânime, por sua constitucionalidade, que o Exame é necessário, posto que a atividade implica em riscos para os cidadãos, os quais devem ser assistidos por profissionais qualificados.

Embora eu considere que ninguém sai pronto da faculdade e que, portanto, as exigências do Exame de Ordem poderiam ser compatibilizadas com a experiência de um iniciante e que o mercado, na realidade, fará a seleção, cuida-se de fato consumado. O processo está aí e deve ser enfrentado com muito estudo e persistência por quem deseja obter a tão sonhada carteirinha de advogado. Em razão da complexidade, nos dias de hoje, de que se revestem as provas, o bacharel não pode desistir diante de um ou outro revés. Não conseguir ser aprovado desde logo não é demérito. É só mais um desafio a ser batido. Os que têm êxito de cara apenas antecipam o processo de formação e aperfeiçoamento, mas nada garante que o futuro lhes sorrirá, pois o bom advogado se forma no dia a dia. Ele deve construir o seu conhecimento com leitura e estudo contínuos e com conduta ética irretocável, a fim de ganhar, a um só tempo, tanto uma boa reputação no ambiente em que transita quanto as causas que irá patrocinar.

Como o vinho, o advogado melhora com o tempo.

3. LEITURA E ESTUDO

Talvez não exista outra atividade onde a leitura e o estudo sejam tão fundamentais quanto no mundo do Direito e, especialmente, no desempenho da atividade advocatícia.

Isto se dá porque o advogado não defende, de regra, interesse próprio, mas interesse alheio, onde a responsabilidade, convenhamos, é bem maior. Mas isso ocorre principalmente porque toda petição formulada pelo causídico é, antes de tudo, um instrumento de persuasão, posto que é através dela que se pretende convencer o julgador sobre as razões do cliente, o que torna a tarefa mais difícil, haja vista que, na presidência dos feitos, em geral, há alguém preparado para sopesar criteriosamente os argumentos das partes e entregar a jurisdição, com consequências, portanto, na vida real.

¹ STF, RE 603.583 (RS), relator ministro Marco Aurélio de Mello.

Assim, para se desincumbir dessa tarefa, com chances de bom êxito, o advogado deve ter substancial estofo de leitura, as mais diversas, e não apenas as compulsórias. Precisa, também, dedicar muitas horas ao estudo, independentemente de estar atuando em determinado caso, pois é fundamental que esteja sempre atualizado nas leis, que mudam muito no Brasil; seja versado em boa doutrina; e esteja atento à jurisprudência atual.

Quem lê mais, pensa melhor, escreve melhor, fala melhor, expõe suas ideias com clareza e lógica, faz-se entender melhor, enfim. Uma petição mal redigida é o caminho certo para a derrota. Rui Barbosa, na “Oração aos moços”, já dizia que muitas de suas vitórias profissionais deviam-se à leitura e ao estudo sistemático, de preferência nas madrugadas, quando a maioria das pessoas estava dormindo.

* Algumas sugestões de leitura: a Bíblia, em especial os Evangelhos e, nestes, o Sermão da Montanha; O salão dos passos perdidos (Evandro Lins e Silva); Liberdade para as ideias que odiamos (Anthony Lewis); Oração aos moços, O dever do advogado e A imprensa e o dever da verdade (Rui Barbosa); Eles, os juízes, vistos por um advogado (Piero Calamandrei); O caso dos denunciantes invejosos (Dimitri Dimoulis); Teoria pura do Direito (Hans Kelsen); A morte do Direito (Francesco Carnelutti); Discursos de acusação – Ao lado das vítimas (Enrico Ferri); A luta pelo Direito (Rodolf von Ihering); Dos delitos e das penas (Cesare Beccaria); Com nasce o Direito (Francesco Carnelutti); As misérias do processo penal (Francesco Carnelutti); O que é ser advogado (Técio Lins e Silva); A oração da Coroa (Demóstenes); O contrato social (Jean-Jacques Rousseau); Quem é o povo (Friederich Müller); Discursos penais de defesa (Enrico Ferri); O espírito das leis (Montesquieu); Orações (Cícero); e O caso dos exploradores de cavernas (Lon Fuller).

4. DEFESA

É de conhecimento geral que nenhum acusado pode ser processado e julgado sem defensor. Daí porque se diz que o advogado é essencial à administração da Justiça, posto que esta somente se efetiva com a presença de três sujeitos: o juiz, que em suma é o estado, a quem cabe dizer o direito; e autor e réu, devidamente representados por seus advogados.

A Constituição Federal, pela conjugação dos artigos 5º, LV e 133, é bem clara neste sentido. Não obstante tudo isso, não é incomum que processos, sobretudo administrativos, sejam anulados por cerceamento de defesa ou, até mesmo, em casos mais graves, por ausência de defensor.

A defesa, aprendemos desde os primeiros anos de Faculdade, é sagrada. E ela deve ser a mais ampla possível, para espantar quaisquer dúvidas quanto à inocência de quem está sendo acusado. O caso Dreyfus, um dos maiores erros

judiciais da história, relatado em *J'acuse!*, de Émile Zola, foi um divisor de águas neste assunto.

O advogado, por outro lado, não pode ter receio de aceitar o patrocínio de causas impopulares. Pode, é claro, por questão de consciência, não aceitá-la, mas, uma vez aceita, deve usar todo o seu conhecimento e entusiasmo para fazer a melhor defesa possível, ainda que ao indivíduo seja imputado algo execrável.

No livro “O Salão dos Passos Perdidos”, o grande Evandro Lins e Silva conta uma história que teve com protagonista famoso criminalista francês, o qual, saindo de um julgamento onde defendera aquele que a imprensa e a população alcunhavam de “monstro”, sob apupos e arremessos de tomates, perguntado por que estava atuando naquela causa, respondeu: “Porque eu sou advogado. E ninguém pode ser julgado sem advogado, sem defesa. Neste momento eu não sou Lachaud; eu sou a defesa!”.

*Atenção, todavia, com a Súmula Vinculante 05, segundo a qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Importante, também, é a Súmula Vinculante 14, que consigna “ser direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

5. HONORÁRIOS

Conta-se, a propósito, que Rui Barbosa certa vez foi consultado por um açougueiro sobre a possibilidade de responsabilizar o dono de um cachorro que lhe teria surrupiado grande pedaço de carne. Rui respondeu que sim, e o sujeito, então, fez-lhe a devida cobrança, pois o animal era do jurista. Rui pagou. O açougueiro despediu-se feliz por ter, de forma sagaz, levado vantagem diante de um homem tão inteligente, quando o ainda jovem causídico lhe disse: “Epa! Não vá embora assim. O Sr. ainda não pagou a consulta”. A consulta era maior que o preço da carne. Nada mais justo.

A remuneração do serviço do advogado se chama honorários, do latim *honorarius*, cujo radical *honor* quer dizer honra, significando, assim, uma contraprestação honrosa por relevantes serviços prestados. Os honorários podem ser contratuais (acertados com o cliente antes da propositura da demanda), judiciais (fixados por arbitramento na ausência daqueles) e de sucumbência (pagos pela parte que perder a causa). Eles estão previstos nos artigos 22 a 26 do EOAB e no art. 85 do NCPC. Os honorários advocatícios têm natureza alimentar (Súmula Vinculante 47) e, por isto, possuem preferência, inclusive em precatórios (Súmula 144 do STJ), mas podem ser penhorados (§2º, art.

833 do NCPC), segundo entendimento do STJ, sendo eles contratuais ou sucumbenciais, quando a o valor devido ao advogado, a título de honorários, ultrapassar 50 salários mínimos.

A lentidão do Judiciário, porém, é uma das causas que mais conspira contra nós, advogados. É quase impossível sobreviver apenas com honorários de sucumbência. Por isto, muitos profissionais do ramo cobram consultas, prestam assessoria a empresas, celebram contratos com a *cláusula ad laborem*, ou seja, que já prevê um pagamento antecipado pelo estudo da questão e procedimentos iniciais), além de procurar, em outras situações, um cargo público que lhes permita, ao mesmo tempo, advogar. É possível, ainda, assinar um contrato de risco, que dependa do êxito da demanda ou, em outra hipótese, em situações excepcionais, atuar *pro bono*, ou seja, para o bem do povo, isto é, sem remuneração para quem não pode pagar.

A OAB possui uma tabela composta por valores mínimos referenciais, a fim de regular a cobrança de honorários e evitar o aviltamento da profissão.

6. O ADVOGADO E O JUIZ

Francesco Carnelutti ensinava que o advogado é o primeiro juiz da causa. De fato, é a este profissional a quem a parte, que busca seus direitos, explicita os fatos motivadores de sua pretensão. Cabe ao advogado, como dizia o meu querido e saudoso amigo Harley Veras de Meneses, fazer de sua petição inicial, ou de sua contestação, um projeto de sentença.

Não é por outro motivo que a Constituição consigna que o advogado é essencial à administração da justiça. E é mesmo, pois é ele quem coloca a máquina do Judiciário para funcionar quando interpõe a ação, pois, embora estejamos em tempos de ativismo judicial, a regra é que a justiça atue mediante provocação. O advogado cria as teses e antíteses, para que o bom juiz produza a síntese e entregue a cada um aquilo que é seu.

Não é porque está na posição de decidir, isto é, em posição de poder, que o juiz, embora isso seja raro, possa considerar-se superior ao advogado e, mesmo, aos membros do Ministério Público. Este, aliás, é o comando do art. 6º da Lei 8906/94 (EOAB), segundo o qual “não há hierarquia e subordinação” entre tais sujeitos, devendo todos tratar-se com respeito e urbanidade. É importante notar, porém, que “o crime de desacato não está englobado pela imunidade do advogado”, segundo decidiu o STF na ADI 1127/DF, j. 17/05/2006 e Rcl 20.063 AgR/SP, j. 23/06/2015. A mesma Corte também já decidiu (RE585901 AgR/MG, j. 21/09/2020, que “a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, estabelecida pelo art. 133 da Constituição da República, é relativa, não alcançando todo e qualquer crime contra a honra. O Crime de calúnia não é alcançado pela imunidade”.

Há juízes, que não sendo vocacionados, aporrinham-se com os advogados, fazem ouvidos moucos às razões da defesa, dão de ombros a embargos de declaração, não têm a grandeza de voltar atrás em suas decisões, ainda que estejam erradas... Vale lembrar, a propósito, mais uma lição de mestre Carnelutti: “a verdadeira virtude do advogado e do juiz, a única que os faz dignos de seu ofício, é amar aquele a quem devem conhecer e julgar. Se o juiz julgar com amor, não apenas o seu juízo se aproximará humanamente da verdade, mas irradiará dele um exemplo que, em uma sociedade cada vez menos dominada pelo egoísmo, tornará cada vez menos necessário o seu triste ofício”.

E ao advogado, enfim, além do amor pela causa, cabe utilizar todos os instrumentos a seu alcance para bem patrocinar o seu constituinte, sem medos, com respeito, mas também com altivez.

7. DEVERES DO ADVOGADO

Nelson Mandela era advogado e, em 1964, no julgamento a que foi submetido, fez a sua própria defesa, a qual, em verdade, era a defesa de toda uma nação. Julgado pelo governo segregacionista da África do Sul acabou condenado, passando 27 anos na prisão, dela saindo para liderar o país na mais pacífica e espetacular revolução de todos os tempos: aquela que acabou com o apartheid.

Para começar, portanto, a ser um bom advogado, é preciso inspirar-se em bons exemplos, no destemor e na rigidez de caráter de homens como Mandela; como José Bonifácio de Andrada e Silva, o Patriarca da Independência; como Rui Barbosa, que lutou pelo abolicionismo, pela República, pelo federalismo, pelos direitos individuais e por todas as grandes causas do Brasil na época em que viveu; e dentre outros nomes ilustres, o de nosso conterrâneo Bernardo Cabral que, cassado injustamente pelo AI 5, ressurgiu como presidente do Conselho Federal da OAB, para inscrever o seu nome na história na qualidade de Relator Geral, a Constituição brasileira de 1988.

Os primeiros e mais importantes deveres do advogado, portanto, consistem em combater as injustiças, o autoritarismo, a violação das leis, e defender a liberdade e a democracia, em toda e quaisquer circunstâncias, sem temer os poderosos de plantão, mas sem descurar, é claro, de obedecer às regras do Código de Ética da profissão, acessível hoje em dia em qualquer plataforma digital. Leia-o, sobretudo você, jovem advogado. Leia de novo, você que já avançou em anos no desempenho de tão nobre missão. Proceder com lealdade, urbanidade, independência, destemor, honestidade e respeito em relação a todos os atores sociais ou sujeitos do processo, assim como conduzir-se com dignidade em sua vida privada e laboral é o seu melhor cartão de visitas.

8. PRERROGATIVAS

Na Roma Imperial a palavra *praerogativa* indicava a primeira centúria a votar nas assembleias. Durante algum tempo ela foi confundida com privilégio e, hoje, a utilizamos com o sentido de garantia de determinados direitos inerentes ao exercício de uma profissão, em nosso caso, a advocacia.

Em verdade essas prerrogativas conferidas aos advogados são estipuladas finalisticamente para a proteção dos direitos e interesses das pessoas físicas e jurídicas que estão sob seu patrocínio, a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, a paridade de armas entre as partes, o devido processo legal, enfim.

Em nosso país, o Capítulo II da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), em seus artigos 6º, 7º e 7º-A, os relaciona. Sugiro a leitura, mas destaco, desde já, alguns aspectos. O primeiro, é que a violação de direitos ou prerrogativas de advogado, previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º, constitui crime, cuja pena varia de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Um outro, diz respeito à mulher advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz: a) a entrada em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de raios X; a reserva de vagas em garagens dos fóruns dos tribunais; o acesso à creche, onde houver, ou a local adequado ao atendimento das necessidades do bebê; preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas a cada dia, mediante comprovação de sua condição; a suspensão de prazos processuais quando for a única patrona da causa, desde que haja notificação por escrito ao cliente. Essas e outras foram capitulados na Lei 13.865/2019 (Lei de Abuso de Autoridade).

Estando caracterizada a violação de prerrogativa, o advogado ofendido tem direito: I- ao desagravo público por meio de sua entidade de classe; II- a representação funcional contra a autoridade responsável pela violação; III- inclusão da autoridade no Registro Nacional de Violação de prerrogativas (Provimento 179/2018 CFOAB); IV- se a conduta configurar, também, crime de abuso de autoridade, caberá a representação criminal contra o infrator. Sem falar, é claro, na possibilidade de indenização por danos morais e, eventualmente, materiais. Essas providências devem ser tomadas pela seccional do ofendido, na forma do Provimento nº 48 do CFOAB.

Conselho que posso dar aos novos advogados? Para bem defender o direito alheio é preciso, antes, defender os próprios direitos.

9. O CLIENTE

No início de minha carreira assisti a uma cena muito peculiar. Um jovem advogado tentava impressionar o seu constituinte diante de uma questão

espinhosa, dizendo-lhe que a vitória, de antemão estava assegurada. Se assim não fosse, concluía ele, “comeria o próprio diploma”.

Considerei aquilo uma imprudência. O colega aparentemente não sabia que a obrigação do advogado para com o cliente é de meio e, não, de resultado. Vale dizer, jamais se pode garantir a alguém que o desfecho da causa lhe será favorável. O que se pode garantir é diligência e uso de conhecimentos técnicos para buscar a vitória sempre desejável.

O bom advogado não conta e nem canta vantagens, não cria falsas expectativas para o cliente, não faz suas vontades, em especial quando desprovidas de bom senso ou de estribo na ética e no direito. Antes disso, aconselha aqueles que o procuram contra os riscos de uma lide temerária, apresenta os cenários possíveis e alerta para o fato de que um terceiro sujeito, completamente alheio às partes, o juiz, é quem decidirá o destino da causa. Sugere, inclusive, quando for o caso, a conciliação como a melhor saída para determinado problema.

Mestre Evandro Lins e Silva, que defendeu o jornalista Samuel Wainer da acusação de ter nascido na Bessarábia, o que lhe impediria de ser proprietário do jornal *Última Hora*, costumava dizer que “o advogado não é capanga do cliente”. Wainer jurou ao advogado que era brasileiro. E Lins e Silva trabalhou com essa ideia, mas cercando a questão por todos os meios. Ao fim, foi vitorioso no STF com a tese da prescrição.

Anos depois, morto Wainer, veio à tona a verdade: ele nascera, de fato, na Bessarábia. Evandro afirmou, então, que, se soubesse disso, não iria de forma alguma embarcar na mentira do cliente, concentrando os seus esforços unicamente na prescrição. A relação entre advogado e cliente deve ser, assim, de mútua e irrestrita confiança. O advogado, porém, não pode fazer as vontades do cliente ou deixar-se enredar numa relação de cumplicidade.

*Importante: conhecer o Provimento nº205/2021 do Conselho Federal da OAB, que promoveu verdadeira revolução nas regras atinentes à publicidade e ao marketing jurídico. <https://www.oabpr.org.br/conselho-pleno-da-oab-aprova-novo-provimento-sobre-a-publicidade-na-advocacia/>

10. O ESCRITÓRIO

Não faz muito tempo, uma enxurrada de mandados de busca e apreensão, deferida por juízes federais, ordenavam a invasão de escritórios de advocacia, cujos titulares defendiam alguns dos protagonistas de grandes escândalos nacionais. A justificativa para aqueles decisões seria a suposta colaboração dos advogados para ocultar provas de crimes possivelmente praticados por seus constituintes ou, então, a também suposta participação deles em determinadas organizações criminosas.

As medidas assim tomadas revestiam-se de brutal violência e ataque às prerrogativas de nossa classe. Afinal de contas, não apenas o advogado, por força do comando constitucional do art. 133 é inviolável, mas igualmente o seu lugar de trabalho, segundo previsão da Lei 8906/94 (EOAB).

A Lei 11.767/08 alterou o art. 7^o, inciso II, do EOAB e nele acrescentou os parágrafos sexto e sétimo, no sentido de reforçar esse direito do advogado, dispondo que “o escritório ou local de trabalho, bem como seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica e telemática, desde que relativa ao exercício” de sua profissão são invioláveis. Sua quebra somente é possível em casos excepcionais, mediante o conjunto dos seguintes requisitos: i- indícios de autoria e materialidade de crime praticado pelo próprio advogado; ii- ordem emanada de autoridade judiciária competente; iii- decisão motivada; iv- mandado específico e pormenorizado; v- mandado cumprido na presença de representante da OAB.

Este espaço não permite mais detalhes, mas defender o nosso local de trabalho, além de significar defender a nossa dignidade profissional, importa em defender, acima de tudo, o sagrado direito de nossos clientes em processo onde haja paridade de armas e se busque a verdadeira justiça, sem abuso de poder.

11. COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Nós, advogados, temos o costume de dizer que todo juiz deveria, antes de assumir o cargo, passar necessariamente pela advocacia. Mas a verdade é que, além do papel de representação das partes, quando não siga a carreira da magistratura desde o início, o advogado nela poderá ingressar na composição do colegiado dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, dos Territórios Federais e do Distrito Federal (art. 94, CF), bem como do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho (art. 111-0A e 115, I, CF), na proporção de 1/5 (um quinto) de seus membros. No STJ (art. 104, p.único, II, CF) eles devem ocupar 1/3 (um terço) das cadeiras; duas das sete vagas no TSE e nos TRE (art. 119, II, e 120, p.único, III, CF); 1/5 (um quinto) no STM (art. 123, p.único, II, CF); e no STF, embora não haja esta reserva de vagas, podem e são, tradicionalmente, nomeados. O mesmo se aplica aos egressos do Ministério Público.

Isto é por demais salutar. É que, com muitas horas de estudo e discussão de teses, de “balcão das varas”, de espera pelas audiências, de “torcida” para a expedição de alvarás de honorários depois de longa tramitação processual ou, ainda, de defesa contra a “acusação”, de regra injusta, de querer procrastinar o feito, o julgador, que já exerceu a advocacia, estará completo, em conhecimento e sensibilidade, para decidir as questões que lhe serão submetidas com a maior chance de acerto possível, contribuindo para a melhor entrega jurisdicional.

Para chegar lá, todavia, exige-se do advogado, ainda, mais de dez anos de efetiva militância, reputação ilibada e notório saber jurídico, além de, no caso do quinto, o enfrentamento de três processos seletivos: perante a classe, perante o tribunal que o acolherá e perante o chefe do Executivo, que o nomeará.

12. OAB: PAPEL MAIOR

O Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) foi a primeira organização da classe em nosso país, cujos estatutos, aprovados pelo Aviso de 07/08/1848, do Governo Imperial, previa a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o que somente se consumou com o Decreto 19.408 de 18/11/1930.

Ao longo de todo esse tempo e para o futuro as duas entidades desempenharam papel relevante para o estudo do direito, para o aperfeiçoamento e a valorização dos profissionais da advocacia e, sobretudo, para os embates contra as forças do arbítrio e para a restauração da ordem democrática, tantas vezes atropelada por aqui.

Coube à OAB, dentre outras atribuições, a defesa dos interesses da classe e a regulação do exercício profissional, bem como, por outras vias, a promoção do ensino jurídico (muitas seccionais possuem escolas) e o apoio social aos membros através das Caixas de Assistência.

Isto é, contudo, o dever de casa de qualquer corporação. A OAB deve também, quando necessário, posicionar-se politicamente – sem partidarismos, fique bem claro - para defender princípios e valores maiores como ética, o Estado de Direito, os fracos, os discriminados, os oprimidos, as liberdades públicas, para opor-se também à corrupção e aos desmandos, partam eles de onde partirem, enfim, sob pena de, não o fazendo, apequenar-se.

É essa trajetória de coragem e de oposição a todo e qualquer desvio de poder que fez a categoria ser respeitada, uma referência quando o assunto é salvar a Pátria. Sempre houve, por aqui, advogados lutando em momentos dramáticos de nossa história: pela Independência, no abolicionismo, pela República, pela democracia, pela Constituição de 1988...

Esta chama não se pode e nem se deve apagar.

CAPÍTULO 8

A AGENDA 2030 DA ONU E AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Luisa Helena Cardoso Chaves

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo precípua analisar a efetivação da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU pelas serventias extrajudiciais. Vale desatacar que a Agenda 2030 da ONU consiste em um pacto a nível global assinado durante a Cúpula das Nações Unidas em 2015 pelos 193 países membros e é composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os chamados ODS. Tais objetivos são interconectados, considerados ambiciosos e desdobram-se em 169 metas, com o foco de superar desafios e, assim, promover o crescimento sustentável global até 2030.

As serventias extrajudiciais, mais conhecidas como cartórios, foram chamadas para aderir e implementar a Agenda 2030 em cada campo de atuação. O Provimento nº 85 da Corregedoria Nacional de Justiça determinou a implementação de forma imediata e estabeleceu, ainda, que “as corregedorias e as serventias Extrajudiciais deverão inserir em seus portais ou sites, expressamente, a informação de que internalizaram a Agenda 2030, bem como a correspondência dos respectivos assuntos e atos normativos à cada um dos ODS”.

2. OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Antes de adentrar ao tema em questão, necessário se faz compreender a importância da atividade notarial e registral. No atual ordenamento jurídico brasileiro, as atividades notariais e de registros são de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Os titulares das serventias notariais e de registros

são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

De acordo com o artigo 236 da Constituição Federal de 1988, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder público:

CF, Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Por muito tempo se discutiu sobre a natureza jurídica da atividade notarial e registral. Atualmente, é sabido que as atividades notariais e de registros possuem natureza pública, embora seu exercício seja particular, uma vez que é um particular quem exerce tais funções. Tal entendimento foi devidamente sedimentado pelo seguinte julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios — incluídas as autarquias e fundações. 2. **Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público — serviço público não-privativo.** 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 — aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifo nosso). ADI n. 2602 - Supremo Tribunal Federal. (grifo nosso).

Nesse sentido, de acordo com o julgado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os serviços registrais e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, sendo considerados serviços públicos.

Corroborando o entendimento supramencionado, o autor Ceneviva¹ afirma que “no direito brasileiro, notário e registrador são agentes públicos, considerando-se que o Poder Público lhes delega funções, subordinados subsidiariamente, em certos casos, a regras colhidas no regime único previsto na Constituição, sem jamais atingirem, porém, a condição de servidores públicos”.

Mas, afinal, quais são as finalidades das serventias extrajudiciais? Através do artigo 1º da Lei 8.935 de 1994 é possível entender quais as finalidades que a atividade busca e a grande importância dos atos extrajudiciais. Desta forma, consideram-se como fins de tais serviços: a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos extrajudiciais.

Portanto, a autenticidade consiste em declarar como verdadeiro o ato praticado pelo tabelião ou oficial de registro, uma vez que tais atos são dotados de fé pública. Ademais, os atos notariais e de registros têm finalidade de atribuir segurança aos usuários. Por sua vez, os atos são praticados com o fim de produzir efeitos jurídicos, ou seja, atingir a eficácia. E, por fim, a publicidade tem como intuito dar conhecimento geral quanto ao que foi praticado em determinada serventia.

Importante mencionar que no Brasil, as serventias extrajudiciais podem ter as seguintes atribuições: tabelionato de notas; tabelionato e registro de contratos marítimos; tabelionato de protesto de títulos; registro de imóveis; registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas e registro de distribuição, conforme preceitua o artigo 5º da Lei nº 8.935/94 mais conhecida como Lei dos Notários e Registradores.

Ademais, os cartórios estão presentes em diversas fases da vida de um ser humano, desde seu nascimento até a sua morte, como a certidão de nascimento e a certidão de óbito, respectivamente. Além destes atos, podemos citar a aquisição de uma casa através de uma escritura pública de compra e venda no tabelionato de notas e, seu posterior registro no registro de imóveis competente.

Portanto, diante do serviço eficiente e de excelência que os cartórios prestam, em muitos casos estão sendo chamados e se tornando protagonistas de cada situação, é o que podemos dizer sobre a desjudicialização atingida pelos cartórios e como exemplo de atuação, portanto, é a Agenda 2030 da ONU, na qual os cartórios estão engajados a implementar metas atinentes a este movimento de desenvolvimento sustentável.

¹ CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores Comentada (Lei n. 8.935/94)**, 4ª edição, ver. ampliada e atualizada, São Paulo/SP: editora Saraiva, 2002, p. 32.

3. A AGENDA 2030 DA ONU E AS SERVENTIAS EXRAJUDICIAIS

A Agenda 2030 da ONU como anteriormente mencionado é uma agenda ambiciosa global, na qual em setembro de 2015, os 193 países membros das Nações Unidas adotaram com o intuito de elevar o desenvolvimento do mundo e melhorar a qualidade de vida das pessoas. O lema do comprometimento global é não deixar ninguém para trás.

Vale destacar que a Agenda 2030 das Nações Unidas sucede a Agenda 2015 e consiste em um plano de ação com metas e indicadores globais, tendo por escopo a efetivação dos direitos humanos e a promoção do desenvolvimento sustentável em suas dimensões social, econômica, ambiental e institucional.

Desta feita, foram estabelecidos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) contemplando 169 metas a serem alcançadas em uma ação conjunta que agrupa diferentes níveis de governo, organização, empresa e sociedade, assim como os cartórios, tanto a nível internacional, nacional e local. As mudanças atingem as áreas sociais, ambientais, econômicas e institucionais e serão aplicadas nos cartórios brasileiros conforme determinação do Provimento nº 85/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça.

O Provimento nº 85 de 2019 dispõe sobre a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial e determina que os cartórios deverão inserir em seus portais ou sites, expressamente, a informação de que internalizaram a Agenda 2030, bem como a correspondência dos respectivos assuntos e atos normativos à cada um dos ODS.

O diploma legal acima mencionado, em seu artigo 3º, estabelece, ainda que, as serventias deem visibilidade à integração de seus atos normativos aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, devendo afixar a referida informação visível para o público nos seus estabelecimentos, na forma como consta do Anexo I – passo a passo para implementar a Agenda 2030 das Nações Unidas.

E de que forma os cartórios com sua atuação podem estar atingindo os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável? Primeiramente, importante destacar que os cartórios detêm a maior rede de municipalização de serviços prestados pelo Poder Judiciário, uma vez que são mais de 13 mil unidades em todos o território brasileiro, atingindo, assim, umas das principais estratégias do Conselho Nacional de Justiça - CNJ para cumprimento da Agenda 2030².

² SASSE, Clara. **Cartórios assumem papel primordial na implementação da Agenda 2030 no Brasil.** Revista Cartórios com você, Nº 22 – Ano 5 – Julho a Setembro de 2020 – Uma publicação da Anoreg/BR, Anoreg/SP e Sinoreg/SP.

Neste sentido, considerando que os cartórios estão inseridos como agentes promovedores de macroprojetos definidos pela Comissão Permanente da Agenda 2030, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, algumas ações foram iniciadas para implementação da referida agenda por tais serventias.

A primeira ação³ é o chamado Projeto SMART 2030 que trata da instituição da Educação para justiça Pacífica nos Municípios. O CNJ neste caso define uma premiação às serventias extrajudiciais que elaborem uma cartilha de como obter a prevenção nos litígios a partir da sistematização e publicidade nos cartórios como o registro de terras públicas, de planos municipais e do calendário escolar anual da Agenda 2030, sendo que as atividades deverão ser integradas ao Projeto SMART 2030.

Já o segundo plano da Agenda 2030 que contempla a participação dos cartórios tem como objetivo garantir a presença de CPF e CNPJ em 100% dos processos e atos registrais e notariais, gerando, assim, a inclusão de localizadores nos bancos de dados de todos os cartórios e/ou centrais das especialidades extrajudiciais.

Ademais, a terceira proposta, ainda em fase de construção, denomina-se Projeto Cartórios Integrados – Certidão Única e visa a integração, de forma automática, das bases de dados dos tribunais à Central de Registro Civis para gerar alerta quando ocorrer óbitos de algumas das partes.

Entretanto, a implementação da Agenda 2030 pelos cartórios vai muito além, e no dia a dia da atividade muitas são as ações que atingem cada um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Em relação ao Objetivo 1 da Agenda 2030 que trata sobre a eliminação da pobreza em todas as suas formas e em todos os lugares, os cartórios possuem atuação neste sentido realizando ações que atingem tal objetivo, como por exemplo: atos extrajudiciais praticados de forma gratuita para a população através das chamadas gratuidades; atos extrajudiciais realizados através do Programa Posso Legal; abertura de loteamento para regularizar a situação de quem vive em habitações de maior vulnerabilidade e ainda regularização fundiária.

Outrossim, em relação ao Objetivo 3 da Agenda 2030 que dispõe sobre assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades, podemos mencionar as seguintes ações dos serviços extrajudiciais: óbitos com suspeita de COVID - 19; existência de óbitos decorridos de acidentes de trânsito, número de registros civis de óbitos decorrentes de mortalidade materna, infantil e neonatal; número de registros civis de nascimentos referente a taxa de natalidade de adolescente por 1.000 mulheres adolescentes, etc.

O Objetivo 16 que trata sobre paz, justiça e instituições eficazes é contemplado em grande parte por serviços atinentes à atividade notarial, tais como:

³ Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/ods/acoes-inovadoras/>. Acesso em: 28 jun. 2022.

registros de nascimento; registro de casamentos; casamentos homoafetivos; registro de óbitos; divórcio; inventário; testamentos; apostilamentos; registro de imóveis; projeto de desburocratização para a emissão de CNPJ's de empresas; enfretamento do subregistro; alteração de gênero e nome; etc.

Por fim, importante mencionar a conciliação e mediação que hoje são permitidas a realização nas serventias extrajudiciais, fomentando, assim, a resolução de conflitos em todo o Brasil e contemplando o Objetivo 16 acima mencionado.

Como visto, muitos são os atos extrajudiciais que contemplam diversos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU e neste presente trabalho citou-se apenas alguns objetivos, entretanto, vários atos também se inserem aos demais objetivos da Agenda 2030 da ONU.

Concluiu-se, portanto, que a atividade notarial e registral consiste em uma atividade milenar de alto padrão, buscando, sempre, a excelência na sua execução de seus serviços. Os tabeliães e registradores brasileiros vem ganhando a cada dia mais espaço no ordenamento jurídico, aumentando serviços que até então eram feitos apenas pelo Poder Judiciário. Esse aumento de demandas para a atividade decorre da confiança garantida pela atividade notarial e registral, a exemplo da participação dos cartórios como protagonistas na implementação da Agenda 2030 da ONU como relatado, um caminho, que será percorrido por todo o planeta e será muito bem executado pelas serventias extrajudiciais brasileiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo enfatizar a importância da efetivação da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU pelas serventias extrajudiciais. A Agenda 2030 da ONU consiste em um pacto ambicioso de repercussão global assinado durante a Cúpula das Nações Unidas em 2015 pelos 193 países membros.

A agenda é composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os quais são interconectados e desdobram-se em 169 metas, com o foco de superar desafios e, assim, promover o crescimento sustentável global até 2030. As mudanças atingem as áreas sociais, ambientais, econômicas e institucionais e serão aplicadas nos cartórios brasileiros conforme determinação do Provimento nº 85/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça.

O Provimento nº 85 da Corregedoria Nacional de Justiça inaugurou a inserção dos tabeliães e notários como agente promovedor da implementação da Agenda 2030 da ONU e determinou que “as corregedorias e as serventias Extrajudiciais deverão inserir em seus portais ou sites, expressamente, a informação de que internalizaram a Agenda 2030, bem como a correspondência dos respectivos assuntos e atos normativos à cada um dos ODS”.

Além disso, tal diploma legal determinou que as serventias deem visibilidade à integração de seus atos normativos aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, devendo afixar a referida informação visível para o público nos seus estabelecimentos, na forma como consta do Anexo I – passo a passo para implementar a Agenda 2030 das Nações Unidas.

Verifica-se, portanto, que o provimento da Corregedoria Nacional de Justiça teve importante decisão ao integrar as serventias notariais e de registros neste novo desafio, afinal, os cartórios já vem atuando com o intuito de realizar mudanças em diversas áreas como acima mencionado e serão agentes fundamentais para a efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável apontados pela Agenda 2030 da ONU.

REFERÊNCIAS

- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.
- BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre os registros públicos*. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. *Dispõe sobre os serviços notariais e de registros*. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em 25 jun. 2022.
- CENEVIVA, Walter. *Lei Dos Notários e Registradores Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos. Teoria e Prática*. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Direito Notarial e Registral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CAPÍTULO 9

ANIMAL NÃO É COISA: UMA ANÁLISE JURÍDICO SOCIAL DO PL Nº 6054/2019 NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*Isabella de Almeida Neves Maciel
Samuel Medeiros Rocha*

1. INTRODUÇÃO

O PL nº 6054/2019 trouxe a possibilidade de uma importante inovação em relação a causa animal, uma vez que viabiliza que os animais não humanos sejam reconhecidos como sujeitos de direito. O projeto de lei vem como efeito das mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos, principalmente no que diz respeito ao tratamento dos animais domésticos, haja vista que em grande parte dos lares brasileiros, estes são tratados como “membros da família”. O Direito, naturalmente, acompanha a evolução social, produzindo normas que refletem as características da sociedade naquele período.

Assim sendo, o objeto de estudo em epígrafe trouxe assuntos relevantes, aspectos sociais, pessoais e jurídicos. No aspecto pessoal o tema em comento é extremamente importante no que diz respeito aos direitos dos animais. No aspecto social, objetiva-se demonstrar a evolução que o Projeto de Lei irá promover em relação aos animais, para que estes sejam tratados com mais respeito e dignidade, reforçando os direitos já existentes. No enfoque jurídico, busca-se demonstrar a relevância que a possível lei irá proporcionar às relações jurídicas atuais, assim como, ao ordenamento jurídico brasileiro de modo geral. Faz-se a análise jurídico-social do PL afim de evidenciar a importância deste.

Neste artigo, objetiva-se fazer um estudo jurídico-social do PL nº 6054/2019, com a finalidade de discutir a sua importância na sociedade, haja vista que se resta evidenciado, cada vez mais, o quanto os seres humanos estão envolvidos com seus animais domésticos. Assim sendo, busca-se avaliar a evolução do direito em relação aos animais não humanos, bem como, sua relevância para a compreensão do objeto de estudo, analisar o projeto e suas

peculiaridades, evidenciando de que forma a alteração legislativa será significativa para a proteção animal.

O presente trabalho tem em sua composição o uso de pesquisa teórica, utilizando-se dos dados disponíveis na doutrina. Emprega-se uma apuração documental, por meio da Constituição Federal, projetos de lei e das leis, realiza-se uma busca empírica, por jurisprudência e pesquisa bibliográfica em livros, artigos, periódicos, teses, websites as quais servem de base para o levantamento de conhecimento. Ademais, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, haja vista que, primeiramente, haverá uma organização das informações e de hipóteses no que tange a análise jurídico social do Pl nº 6054/2019 e após isso, tais hipóteses serão testadas com o objetivo de chegar às conclusões necessárias para a compreensão do objeto de estudo, que é de demonstrar a importância da aprovação do projeto de lei e sua repercussão tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito social.

2. A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO AOS ANIMAIS SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO E SOCIAL

A relação entre seres humanos e animais existe desde o período da pré-história, se caracterizando por ser uma convivência muito antiga, entretanto, por muito tempo, essa ligação se limitou apenas com objetivo de atender as carências humanas. O cachorro, por sua vez, foi o primeiro animal a ser visto como companhia, que teve seu comportamento mudado em razão da domesticação, criando laços afetivos com seus donos, porém, antes de coabitarem, os animais eram observados apenas como fonte de alimento.

Com o passar dos anos, os animais de estimação foram conquistando cada vez mais espaço nos lares brasileiros, tornando-se parte das famílias, e muitas vezes sendo tratado como “filhos”. No entanto, ainda que tenha ocorrido uma grande evolução social, a classificação dos animais no direito civil brasileiro não obteve mudanças. Pontua SIMÃO (2017, p.897-911):

O Código Civil de 2002, assim como o antigo Código Civil, não prevê que os animais sejam pessoas, pois não são seres humanos e não receberam do Código Civil a vantagem da personalidade. Trata-se de opção do legislador. Logo, para o Direito brasileiro os animais são coisas e como tal são objeto de propriedade, podem ser doados, vendidos e utilizados para consumo, para tração etc.

Nesse contexto, o Código civil dispõe que toda a pessoa é capaz de direitos e deveres, estabelecendo assim, que somente seres humanos podem ser caracterizados como sujeito de direito, o que também é reafirmado por parte

da doutrina majoritária, sendo assim, outros seres vivos não podem ser detentores de personalidade jurídica, sendo classificados apenas como bens móveis “semoventes”, ou seja, que possuem movimento próprio. Neste sentido, GONÇALVES (2017, p.141) afirma:

Os animais não são considerados sujeitos de direitos, embora mereçam proteção. Por essa razão não têm capacidade para adquirir direitos. Não podem, por exemplo, ser beneficiados em testamento, a não ser indiretamente, sob a forma de encargo, imposto a herdeiro testamentário, de cuidar deles. Do mesmo modo estão excluídas do conceito de sujeitos de direitos as entidades místicas, como almas e santos. Não podem, também, sob pena de nulidade do ato, ser nomeados herdeiros ou legatários.

Assim, para a doutrina, de uma forma geral, os animais são considerados objetos de direito, em razão destes não possuírem a capacidade de demandarem por seus direitos. Contudo, refletindo as mudanças sociais, há o entendimento de que requerem proteção e garantias do direito, para que não sofram maus tratos, bem como, para sobrevivam na sociedade de forma digna.

Percebe-se, então, que os animais não dispõem de personalidade jurídica, e, portanto, não são sujeitos de direito de acordo com o código civil brasileiro, porém considerando a realidade atual, é necessário que haja transformações para estes sejam vistos como sujeitos de direito, uma vez que já existem direitos dispostos em lei, o que os tornam figuras importantes na legislação brasileira.

É importante destacar que os animais não humanos estão, cada vez mais, realizando uma importante função no que diz respeito as questões sociais e afetivas, pois auxiliam o tratamento de indivíduos que sofrem distúrbios mentais, como a depressão, bem como, os chamados “cães guia” que desempenham um papel fundamental na vida dos deficientes visuais. Os animais promovem sentimentos de afeto e segurança aos seus tutores, o que os tornam parte do âmbito familiar.

Apesar do vínculo afetivo presente entre seres humanos e animais, é visível o elevado número de casos de maus tratos a estes, assim como, a grande ocorrência de abandonos. Tais atos de crueldade ocasionam a necessidade da elaboração de normas mais rígidas de proteção.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, dispõe que:

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.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Da mesma forma que a Constituição, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 1978, da UNESCO, especificava em seus artigos os direitos dos animais selvagens e domésticos, e que afim de trazerem proteção e uma existência digna, devem ser respeitados. A lei nº 14.064/20, popularmente conhecida como “lei sansão” alterou a lei nº 9.605/98 para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato, vejamos:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.

Art. 2º O art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A:

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no **caput** deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

É relevante considerar que, conforme o IBGE, o Brasil é o 4º país no ranking da maior quantidade de animais de estimação no planeta, sendo que chegou a ultrapassar o número de crianças nos lares brasileiros. Uma nova realidade que a cada dia mais vem se concretizando na atualidade.

3. A IMPORTÂNCIA DO PL Nº 6054/2019 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro tem como uma de suas atribuições, a organização das relações sociais entre seres humanos, bem como, a ligação do direito com as “coisas”. Neste sentido, os indivíduos, de acordo com REALE (2002, p.167):

O ordenamento jurídico destina-se a reger as relações sociais entre indivíduos e grupos. As pessoas, às quais as regras jurídicas se destinam, chamam-se sujeitos de direitos, que podem ser tanto uma pessoa natural ou física quanto uma pessoa jurídica, que é um ente coletivo.

Em contrapartida, os animais, por serem tratados atualmente como “membros da família”, passaram a ter um novo “tratamento” dado pela

jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça julgou um caso em que o objeto do litígio era a regulamentação de visitas ao animal de estimação ajuizada por uma das partes após o fim da união estável.

Nesse viés, o ministro Luis Felipe Salomão enfatizou que a questão não poderia ser vista como algo “fútil” a ser analisado pela corte, já que em dias atuais, a relação de afetividade entre tutor e animal deve ser considerada, bem como, o mandamento constitucional que dispõe acerca da proteção da fauna e da flora.

Para o relator, os animais de estimação são seres que possuem sensibilidade, detendo as mesmas dores e sensações que os seres humanos e que, portanto, devem ter seu conforto e segurança levados em consideração. Além disso, que em tempos modernos, em um rompimento de um vínculo familiar, no qual exista litígio em relação a guarda do animal de estimação, deve preponderar, sempre que razoável, o laço afetivo de ambos os cônjuges pelo animal, bem como achar formas de garantir sua proteção e direitos.

A demanda foi julgada improcedente em primeiro grau, sendo alegado que por animais serem tratados como semoventes, estes não poderiam integrar relações familiares correspondentes entre pais e filhos, concluindo que não haveria que se falar em visitação para animais, e que a ré, por ter comprovado a exclusiva propriedade sobre o cão, seria sua única detentora.

Porém, o litígio continuou permanecendo e chegou ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que causou a discussão acerca do tema na 4^a Turma. Os ministros Lázaro Guimarães e Isabel Gallotti concluíram que a decisão do juízo de primeiro grau deveria ser mantida, contudo o ministro relator, Luís Felipe Salomão, destacou sobre a evolução social, que fortificou ainda mais o vínculo entre animais e seres humanos, e reconheceu a importância da proteção desta relação afetiva com o animal, ainda que, a legislação brasileira os denomine como bens semoventes.

Ademais, cumpre-se destacar, que o ministro enfatiza que as leis não são suficientes para a resolução dessas controvérsias, afinal, um animal de estimação não pode ser equiparado a uma mera “coisa”, haja vista que possuem importância sentimental para seus tutores, bem como, são dotados de sensações, e com isso, cabe ao poder judiciário promover uma solução mais apropriada para o resguardo dos direitos fundamentais e proporcionar ao animal de estimação, proteção e bem-estar.

Referente a isso, é fundamental que novas leis sejam aprovadas com o intuito de promover a devida proteção que os animais merecem, pois ignorar o vínculo afetivo existentes com os animais e negá-los o resguardo que é garantido pela constituição federal, é estar atrasado em relação a evolução da sociedade, o que não pode ocorrer, já que o direito deve estar sempre atento as mudanças sociais.

Além disso, os animais, por serem de estimação, detêm uma condição especial, isto é, são dotados de sentimentos e assim, não devem ser equiparados a objetos, possuem as mesmas sensações que são sentidas pelos seres humanos e em razão disso necessitam de proteção que deve ser oferecida por meio das leis.

Nesse sentido, o Deputado Ricardo Izar (PSD-SP), que foi o autor do Projeto de Lei nº. 6054/2019, procura adicionar o parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil a fim de disciplinar acerca da natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, assim como, outras providências.

A Câmara dos Deputados aprovou o projeto que seguiu para o Senado Federal, onde passou por algumas modificações pontuais e regressou para a Câmara dos Deputados, dispondo a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos.

Art. 2º Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I - Afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção; II - Construção de uma sociedade mais consciente e solidária; III - Reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

Art. 3º Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisas.

Parágrafo único. A tutela jurisdicional referida no caput não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade. (Emenda/Substitutivo do Senado n. 6054/2019)

Art. 4º A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B:

‘Art. 79-B. O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados’.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

É perceptível que o objetivo do projeto é fortalecer a ideia de que os animais domésticos sejam vistos e tratados como seres dotados de sentimentos, e não apenas como meros objetos. Atualmente eles já fazem parte da família, portanto, nada mais razoável que estes tenham sua natureza *sui generis* reconhecida.

Ademais, o supracitado projeto propõe uma visão mais protetiva em relação aos direitos dos animais, determinando um novo regime jurídico a eles, o “*sui generis*”, que irá retirar o conceito de “coisa”. Com isso, os animais não serão considerados bens moveis, o que se torna um grande avanço no que tange a causa animal.

4. A RELEVÂNCIA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA A PROTEÇÃO ANIMAL

Com o advento das mudanças sociais ao longo do tempo, surgiu a imposição de uma transformação no ordenamento jurídico, uma vez que é necessário que o direito acompanhe a evolução da sociedade, concretizando tais mudanças, no aspecto jurídico. É fundamental, assim, que alguns atributos básicos como a caracterização de sujeito de direitos, venham a abranger também os animais.

O “Direito dos Animais”, sob a perspectiva do direito positivo, já é abordado e reconhecido pela Constituição Federal de 1988, assim como, pelas legislações ambientais específicas, contudo, ainda se faz necessários obter avanços, visto que algumas normas, como o código civil, se encontram ainda obsoletas em relação ao reconhecimento e a proteção animal.

Ademais, RODRIGUES (2020) aborda que:

O direito é um instrumento que visa assegurar o ajustamento de conduta humana acima de qualquer prioridade, de modo que se propõe a adequação do sistema legal à real natureza jurídica dos animais não humanos, qual seja: a de legitimar e legalizar os não humanos como sujeitos de direito com personalidade jurídica *sui generis* que precisam, para tanto, ser redefinidos e readequados no ordenamento jurídico a fim de proporcionar o justo reconhecimento do seu *status quo*, mediante tratamento equitativo e igualitário entre os desiguais, sem que imperem os preconceitos ou formalidades existentes que contrariam o bem-estar animal em prol do ser humano

Assim sendo, diversos países do mundo possuem uma perspectiva acerca do tema, que vem a cada dia mais se tornando objeto de debate a nível global, e referente a isso, algumas nações estão buscando enfatizar seu interesse no que diz respeito a personalidade dos animais.

Entretanto, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência possuem três vertentes em relação ao posicionamento quanto aos direitos e a personalidade dos animais: a primeira busca promover aos animais uma posição de pessoa, já que, considerando que todos somos animais, os animais não humanos poderiam ter esse “status”. A segunda objetiva segregar os significados de “pessoa” em face de “sujeito de direitos” e a terceira é a que é utilizada atualmente pelo ordenamento jurídico, que é a corrente que considera os animais como semoventes, isto é, meras “coisas”.

A determinação do artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode ser visualizada como um grande avanço no que diz respeito a proteção dos animais não humanos, uma

vez que possibilitou a perspectiva de tutela do direito animal, assim como, permitiu a interpretação das normas em favor do direito animal, e assim, vale destacar que alguns precedentes provenientes do Supremo Tribunal Federal utilizaram o artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII como fundamentação na proibição das “rinhas de galos” e das “farras de boi” por entenderem que tais ações promoviam maus tratos aos animais.

Portanto, se os animais merecem ser reconhecidos com a natureza de “sujeitos de direitos”, é necessário que a sociedade aceite e reivindique essa transformação, já que os animais são parte da grande maioria dos lares brasileiros e, consequentemente, estes são tratados como membro da família, sendo assim, devem ser vistos como seres dotados de sentimentos.

Destaca-se, que ordenamento jurídico brasileiro detém regras que proíbem a prática de maus tratos contra os animais, como já visto. Porém, ainda que a legislação disponha sobre normas protetoras, a realidade vista na prática é bem diversa daquela abordada no texto legal, uma vez que é observado frequentemente milhares de animais sendo submetidos a atos cruéis, bem como, explorados de forma desumana como por exemplo, os cães e gatos que são abandonados por seus “donos”, e que por vezes sofrem agressões, pois são vistos como meros “objetos” de distração.

Assim, levando em consideração que os animais são seres vivos, e que dessa maneira são aptos a possuir sentimentos, dores e desejos, e que inclusive são constitucionalmente protegidos como dispõe o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. É perceptível que a frase “proteger o bem de todos” pode ser entendida como proteção a todas as espécies, o que determinaria uma das finalidades da nação brasileira que seria a equivalência de todos os seres. Dessa forma, Bobbio salienta que (1996, p.63):

Olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos.

A visão de futuro que Bobbio se referiu (1996) poderia ser realizado atualmente caso sociedade compreendesse o direito como um complexo de normas que abrangesse todas as formas de vida.

Assim, é necessário que haja uma mudança de visão e comportamento dos seres humanos para com os animais, principalmente em relação a vertente que defende que os animais não humanos possuem função de serventia ao homem. É fundamental que se veja os animais como seres sencientes, passiveis de sofrimento.

Dessa forma, o PL nº 6054/2019 popularmente conhecido como “Animal não é coisa” é uma peça fundamental para proteção animal, haja vista que estabelecerá regime jurídico especial para os animais não humanos, já que estes serão considerados sujeito de direito, com natureza jurídica *sui generis* e obterão tutela jurisdicional, sendo vedado o seu tratamento como “coisa”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto de estudo abordado neste artigo possui grande importância na atualidade, considerando se tratar de um tema atual proveniente de um projeto de lei em tramitação, que repercute de maneira importante na sociedade, em especial, neste grupo específico, que são os animais não humanos e que, ainda são tratados como meras “coisas” pelo direito.

A luta em prol dos animais, através dos anos, foi essencial para retirar alguns estereótipos e costumes ultrapassados. A imagem de que os animais seriam “seres inferiores” e que sempre deveriam se submeter às vontades dos seres humanos, é caracterizada como ultrapassada por muitos indivíduos, em razão da evolução social ocorrida através dos anos, os animais assim passaram a conquistar cada vez mais espaço nos lares brasileiros.

Nesse viés, o PL nº 6054/2019, se aprovado, irá promover um grande avanço em relação aos direitos e a proteção animal, pois serão caracterizados como sujeitos de direitos despersonalizados, de natureza *sui generis*, e assim, será obtida a devida tutela jurisdicional, sendo vedado o tratamento dos animais como meras “coisas”.

Ora, não deveria nem ao menos ser concebível que seres sencientes, passíveis de sofrimento e sentimentos, sejam vistos e tratados como objetos, uma vez que a carta magna dispõe em seu artigo 225, § 1º, VII, CFRB/88 acerca da proibição do tratamento cruel em relação aos animais, e assim, é entendido que os animais não-humanos possuem direitos mínimos, que lhes promovam uma vida segura e digna.

É inadmissível, em tempos modernos, que os animais tenham seus direitos dispostos pela Constituição Federal violados de maneira tão ampla, como ocorre cotidianamente, o que torna fundamental a aprovação de legislações que garantam a estes a tutela que é constitucionalmente devida, já que é obsoleto o código civil, em seu artigo 82, ainda caracterizar os animais como bens semoventes, logo, meras “coisas”.

Apesar da emenda realizada pelo Senado Federal, que retirou da tutela jurisdicional alguns animais, o PL Nº 6054/2019 ainda é um grande progresso no que tange a proteção do direito dos animais, já que veda a estes o tratamento como “coisas”. Dessa forma, a evolução da proteção aos animais é clara e gloriosa; no entanto ainda precisamos avançar consideravelmente,

principalmente em relação às políticas públicas que beneficiem os animais não-humanos.

Referente a isso, com o intuito de proteger os animais não humanos, entende-se viável e fundamental a aprovação do PL nº 6054/2019 com urgência, para que os animais obtenham a tutela jurisdicional necessária ao resguardo de seus direitos, tese esta que foi defendida ao longo deste trabalho, visto que há clara violação aos Direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- BÉLGICA. UNESCO (1978). **Declaração Universal dos Direitos dos Animais** – Unesco – ONU. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em 17 abr 2021.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**.
- BRASIL. **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>. Acesso em 5 abr 2021.
- BRASIL. **LEI Nº 14.064 de 29 de setembro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em 5 abr 2021.
- BRASIL. **lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em 13 abr 2021.

CAPÍTULO 10

O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS PELAS COMPANHIAS SEGURADORAS NO COMBATE À FRAUDE SECURITÁRIA

Marconi d'Arce Lúcio Junior

INTRODUÇÃO

Visando ter maior assertividade nas suas decisões quando utilizam os mecanismos de prevenção à fraude, as seguradoras necessitam tratar diversos dados pessoais. Ocorre que as legislações existentes até agosto de 2020 não previam procedimentos rigorosos para o tratamento desses tipos de dados, panorama alterado com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Dessa forma, o presente artigo se debruça sobre o contrato de seguro e o tratamento de dados pessoais sensíveis por parte das companhias seguradoras, atendendo às determinações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela LGPD, com a finalidade de aumentar a possibilidade de êxito no combate às fraudes securitárias, um dos maiores motivos de perdas financeiras registradas anualmente.

1. INTRODUÇÃO AO CONTRATO DE SEGURO E A DA REGULAÇÃO DO SINISTRO

Idealizado como forma de garantir ao indivíduo uma compensação caso ele seja prejudicado quando da ocorrência de um evento determinado, os contratos de seguro se originaram na cidade italiana de Gênova, segundo Numa Freire¹, 1347, que foi firmado o primeiro contrato securitário, enquanto em Pisa, também na Itália, em 1385, foi emitida a primeira apólice.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, iniciou-se a história do seguro no país. Naquele mesmo ano foi fundada a Companhia

¹ FREIRE, Numa. Aspectos do seguro. São Paulo: Editora Atlas, 1959

de Seguros Boa-Fé, regida ainda pela legislação portuguesa, mas, em 1850, foi promulgado o Código Comercial Brasileiro.

Com o desenvolvimento da atividade no país, os seguros de danos e de vida passaram a serem vendidos, com regulação expressa pelo Código Civil de 1916. Posteriormente, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 73/1966, que instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, constituído pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), companhias de seguro e corretoras habilitadas.

Atualmente, o contrato de seguro é regulado legalmente pelo Código Civil de 2002, a partir do art. 757, em que está previsto que “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.”²

Classificado como um contrato bilateral, oneroso, aleatório e consensual, o seguro poderá sofrer modificações legais com a eventual aprovação do Projeto de Lei nº 29/2017, de iniciativa do Deputado Federal José Eduardo Cardozo (PT/SP), que está em tramitação atualmente no Senado Federal. Entre os principais avanços, tem-se a regulação e liquidação de sinistros (art. 77).

Sobre o PL em questão, o doutrinador Fábio Ulhoa³ destacou que:

“Entre todos os temas em que se poderiam apontar avanços, porém, o mais significativo de todos parece-me ser o da regulação do sinistro, de que trata o PL nos arts. 77 a 92. Para, desde logo, realçar a relevância desse “avanço”, basta lembrar que malgrado a enorme importância da matéria, a ela não reservou o Código Civil sequer um único dispositivo.”

Apesar de ainda não estar presente no Código Civil de 2002, a SUSEP já faz menção à regulação ou liquidação do sinistro há bastante tempo, como por exemplo na Circular nº 302 de 2005, e é assunto recorrente na doutrina. Sobre o tema, Fábio Ulhoa, na mesma obra já citada, assim se manifestou:

“No plano conceitual, proponho a seguinte precisão: ‘regulação’ em sentido amplo é a obrigação da seguradora, decorrente do recebimento de um aviso de sinistro, consistente em contratar um especialista independente, apto a proceder à investigação do fato avisado e, se for o caso, calcular o crédito que passou a ter o segurado ou beneficiário do seguro.”

(...)

² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal.

³ VII FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO: FILHO, José Sollero (org.). Os avanços do Projeto de Lei 29/2017. São Paulo: Editora Roncarati, 2018.

“Essa obrigação se desdobra em dois aspectos: ‘a regulação’ em sentido estrito, que é a investigação do fato; e a ‘liquidação’, correspondente ao cálculo da indenização. Evidentemente, só há liquidação se a regulação confirmar a verificação e um sinistro coberto pelo contrato de seguro.”

No PL nº 29/2017, a regulação e liquidação de sinistros ganharam um capítulo próprio com 16 artigos ao todo, tratando desde a definição legal de ambos os institutos, aviso do sinistro pelo segurado, estipulante ou beneficiário e o recebimento da notificação pela seguradora e o procedimento de análise do evento com a conclusão pelo pagamento ou não da indenização securitária.

2. O IMPACTO DAS FRAUDES NO MERCADO BRASILEIRO DE SEGUROS

Após 172 anos da sua primeira regulamentação legal no país, são comercializadas apólices para os mais diversos tipos de riscos, das quais as mais comuns são os planos de saúde e os seguros de automóvel, patrimonial e pessoal.

Com milhões de apólices de seguros comercializadas ano a ano, o mercado segurador tem grande representatividade na economia do país. Recente estudo da Federación Interamericana de Empresas de Seguros (FIDES)⁴ indicou que em 2020 o setor emitiu US\$ 127,7 bilhões em prêmios na América Latina, sendo o Brasil responsável por 43,96% do volume total. Já em 2019, a arrecadação do setor correspondeu a 3,1% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil.

Mesmo com a robustez no faturamento, o mercado de seguros não está livre dos prejuízos, em grande parte oriundo das fraudes. A CNseg divulgou o relatório sobre o impacto financeiro das fraudes no setor no ano de 2019, compilando os dados de ambos os semestres, constatando que o valor total pago com sinistros foi de R\$ 32,2 bilhões, dos quais R\$ 4,3 bilhões foram resultados de sinistros suspeitos e R\$ 608,6 milhões de fraudes comprovadas, ou seja, 14,2% dos sinistros inicialmente indicados como suspeitos.⁵

Os altos índices de fraude no mercado de seguros não só impactam no desempenho financeiro das companhias seguradoras, mas também dos próprios segurados, pois os prejuízos com o pagamento de indenizações decorrentes de fraude, com base em cálculos atuariais, refletem na precificação do prêmio pago e na formação do fundo comum, tudo com base no princípio do mutualismo.

⁴ Brasil lidera ranking de arrecadação de seguros na América Latina com 43,96% de participação. CNseg, 2021. Disponível em <https://cnseg.org.br/noticias/brasil-lidera-ranking-de-arrecadacao-de-seguros-na-america-latina-com-43-96-de-participacao.html>. Acesso em: 04/01/2022.

⁵ QUANTIFICAÇÃO DA FRAUDE NO MERCADO DE SEGUROS BRASILEIRO. Rio de Janeiro: CNseg, 2020.

Sobre o princípio acima citado, Pedro Alvim assim se manifestou:

“Já houve oportunidade de afirmar-se que um dos princípios fundamentais do seguro é o mutualismo. Só prospera onde o espírito comunitário desperte o esforço conjunto na defesa contra os riscos que ameaçam a coletividade. O segurador se propõe a organizar esse trabalho com a cooperação de todos. Amealha de cada um pequena contribuição que irá formar o fundo comum para pagamento das indenizações aos que são atingidos pelo infortúnio.”

Além dos mecanismos utilizados pelas seguradoras, como contratação de auditores e peritos técnicos para atuar na regulação de sinistros, o próprio legislador destacou no Código Civil de 2002 a necessidade de segurado e seguradora atuarem conjuntamente no enfrentamento às fraudes, sempre com base na boa-fé, o que pode ser visto da leitura dos arts. 765 a 769, do CC vigente⁶:

Segundo o entendimento de Judith Martins-Costa⁷, a boa-fé normativa é obrigação de todos os participantes da regulação do sinistro, cabendo, ainda:

“Tanto o segurador e o ressegurador como o segurado (ou o titular do interesse segurado) devem ter uma ‘participação leal’, decorrendo ainda da boa-fé deveres específicos ao regulador: (i) dever de isenção, ou imparcialidade; (ii) dever de veracidade; (iii) deveres informativos”.

Nesse sentido, tem-se o princípio da boa-fé como a base da relação entre o segurado e a companhia seguradora durante a regulação e liquidação de sinistro.

3. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

3.1. Dados sensíveis segundo a lógica da LGPD

Inspirada na *General Data Protection Regulation* (GDPR), o regulamento europeu para proteção de dados, e idealizada após o escândalo da *Cambridge Analytica*, a Lei nº 13.709/2018, nomeada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), foi promulgada no Brasil em 2018, com vigência iniciada apenas em 2020 e sanções aplicáveis a partir de agosto de 2021.

Apesar do atraso da regulamentação da proteção de dados em relação a outros países, a entrada em vigor da LGPD garantiu grande avanço na legislação, pois centralizou em lei específica matéria que era tutelada por diversas

⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal.

⁷ VII FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO: FILHO, José Sollero (org.). Boa-fé e regulação do sinistro. São Paulo: Editora Roncarati, 2018.

outras bases legais, como a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet.

A LGPD, já no seu primeiro artigo, deixa expressa sua intenção de resguardar os dados pessoais quando tratados por pessoa natural ou jurídica, inclusive de direito público, salvo exceções previstas na lei, visando “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”⁸.

O dado pessoal pode ser compreendido como a informação que identifica e determina quem é o seu titular. De forma ainda mais específica, a LGPD, dessa vez no inciso II do art. 5º, trata de forma exemplificativa sobre os dados sensíveis, que são aqueles que podem causar algum tipo de discriminação ao seu titular, tais como dados relacionados raça ou etnia, opinião política e saúde do seu titular, razão pela qual merecem maior atenção.

Por sua vez, o tratamento de dados, segundo o inciso X do art. 5º, é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se refere 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.

Diante da proteção aos dados pessoais, em especial àqueles tidos como sensíveis, por conta do seu caráter potencialmente discriminatório, o tratamento pelo controlador ou operador deve ser bastante meticuloso. Em razão disso, a própria LGPD separou todo o seu capítulo II para tratar do assunto.

3.2. O tratamento de dados pessoais sensíveis conforme o art. 11 da LGPD

Pelos motivos já expostos, o tratamento de dados pessoais sensíveis ganhou atenção especial do legislador quando elaborada a LGPD. Assim, geralmente o titular do dado deverá consentir de forma específica para o seu tratamento. As exceções, por sua vez, estão previstas em lei de forma taxativa.

Fica evidente, com isso, o destaque que o legislador deu à figura do consentimento na LGPD, ainda que nos casos mais abrangentes previstos no art. 7º, com a finalidade de garantir o direito da manifestação individual do titular dos dados, caracterizando como essencial na circulação de suas informações seja de forma física ou virtual.

O consentimento, seguindo a sua previsão legal, é a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Logo, ela é livre porque

⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Legislação Federal.

cabe ao titular aceitar ou não a utilização dos dados por terceiros; informada, pois o titular deve ter ciência das informações sobre o tratamento dos seus dados; inequívoca, já que deve ser específica, sem dar margem às dúvidas, e; por fim, a finalidade se refere à delimitação da intenção do agente no tratamento dos dados do titular.

O tratamento de dados sensíveis poderá ocorrer “quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas”, com exceção de quanto o próprio titular torná-los manifestamente públicos (§ 4º do art. 11). Por outro lado, a lei também prevê expressamente quais são os casos de dispensa do consentimento do titular.

Apesar da distinção exposta nos dois incisos do art. 11, não há imutabilidade entre as duas formas de dados pessoais, ou seja, há a possibilidade de que um dado que inicialmente seja considerado um dado pessoal, a depender do contexto em que se encontre e seja ele tratado, vir a ser considerado como um dado pessoal sensível. Ana Frazão⁹ destaca que:

“A linha distintiva entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis pode não ser tão nítida, até porque a perspectiva de análise deve ser dinâmica e não estática. Dessa maneira, há boas razões para sustentar que são sensíveis todos os dados que permitem que se chegue, como resultado final, a informações sensíveis a respeito das pessoas.”

Na primeira hipótese, temos que não basta o titular autorizar o uso dos seus dados pessoais sensíveis, como ocorre na previsão do art. 7º, inciso I, mas, além da autorização, o consentimento deve destacar qual é finalidade daquele tratamento, visando dar efetividade ao princípio da finalidade, presente no art. 6º, inciso I, da LGPD.

Seguindo a especificidade do inciso I, do art. 11, mas de forma mais rígidas, o tratamento de dados pessoais sensíveis, sem o consentimento do seu titular, precisa se enquadrar em algumas das alíneas do inciso II, chamadas de bases legais.

As bases legais do art. 11, inciso II, são reconhecidamente taxativos, apesar de apresentar hipóteses um pouco mais subjetivas e que, por conta disso, dão brecha à interpretação mais abrangente. Cabe destaque também ao fato de que se repetem algumas das bases legais para tratamento dos dados pessoais trazidos pelo art. 7º, com exceção do interesse legítimo do controlador ou terceiro e de proteção do crédito.

Com base nisso, vê-se que para que o controlador ou operador possam fazer o tratamento de dados pessoais sensíveis, eles precisam ter como base

⁹ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. *Jota*, publicado em 26 de setembro de 2018

o consentimento expresso e específico, além de indicar sua finalidade, ou se encaixar em alguma das bases legais elencadas no inciso II do art. 11.

4. POSSIBILIDADES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS PELAS SEGURADORAS

Com a entrada em vigor da LGPD, o mercado securitário passou a ter mais uma legislação para regular sua atividade, uma vez que já tinha como base o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil vigente, além, claro, do Decreto-Lei nº 73/66 e as regulamentações da CNSP e SUSEP.

Apesar das diversas fontes legais e regulatórias existentes até então, o contrato de seguro não possuía nenhuma base legal específica para o tratamento de dados pessoais. À luz da LGPD e do art. 757, do CC, o segurador realiza o tratamento de dados pessoais desde a concepção do contrato até sua conclusão quando da regulação do sinistro, ou seja, o tratamento se dá para execução do contrato e exercício da atividade securitária.

No tratamento de dados pessoais, o segurador pode atuar como controlador ou operador, a depender do tipo de contrato de seguro envolvido ou em que momento do pacto o tratamento será feito. Do outro lado, o segurado geralmente será o titular dos dados pessoais tratados pelo segurador. A exceção se dá quando um terceiro é o beneficiário da apólice de seguro, como nos casos de seguro de vida ou de responsabilidade civil. Nesses casos, o titular do interesse legítimo do objeto do seguro é o terceiro e ele que terá os dados pessoais tratados pelo segurador.

Com base nisso, para que a seguradora possa efetivar dois pilares do contrato securitário, quais sejam a mutualidade e a técnica atuarial, dando base à gestão científica e financeira do risco e possibilitando a manutenção do sistema securitário, ela terá de fazer o tratamento de dados pessoais, sejam eles sensíveis ou não.

Quanto ao tratamento de dados sensíveis no contrato de seguro sem o consentimento do titular, há entendimento na doutrina de que é possível, desde que tome como base duas hipóteses previstas na LGPD: o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (art. 11, inciso II, alínea “a”) ou o exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral (art. 11, inciso II, alínea “d”).

Em relação à primeira hipótese, ela se apoia no fato de que o segurador deverá ter acesso aos dados pessoais visando à análise do risco, que são relevantes à aceitação da proposta e no valor do prêmio que será cobrado na apólice do seguro. Dessa forma, ela tem como base os artigos 766, 769 e 770, todos do CC, que tratam da declaração inicial do risco e revisão do prêmio com base no agravamento e diminuição do risco.

Além dos casos acima indicados, cabe destaque o tratamento dos dados pessoais sensíveis durante a regulação e liquidação do sinistro como meio de analisar a adequação do sinistro a uma das coberturas contratadas, e, também, de combater a fraude securitária.

Na mesma linha de raciocínio, tem-se a base legal trazida na segunda hipótese, apesar de ser uma das previsões abrangentes destacadas anteriormente. Nela, é preciso ter cuidado maior no tratamento dos casos sensíveis, pois haverá maior cobrança quanto ao cumprimento de três princípios que regem o tratamento de dados pessoais segundo o art. 6º da LGPD: finalidade (inciso I), adequação (inciso II) e necessidade (inciso III).

Assim, para o tratamento de dados pessoais sensíveis do segurado ou terceiro por parte do segurador, tomando como base as duas bases legais acima indicadas, terão de ser realizados com base em um propósito legítimo, específico, explícito (finalidade), de forma compatível com as finalidades informadas ao titular (adequação) e limitada ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades (necessidade).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser uma atividade que remonta da Idade Média, o mercado segurador está em constante evolução para se manter atualizada de acordo com a sociedade em que ele está inserido. Com a chegada da LGPD não foi diferente. Apesar da legislação e regulamentações já existentes, o contrato de seguro passou a ter norma mais rígida quanto à atividade que era realizada de forma mais livre, que é o tratamento de dados pessoais.

Fruto da evolução social, a fraude também está presente no contrato de seguro e, como constam em estudos, é uma das grandes causas de prejuízos financeiros às seguradoras, mesmo com todo o aparato que as companhias disponibilizam desde a concepção do contrato, com a análise dos dados indicados na proposta do seguro, até a regulação e liquidação do sinistro ocorrido.

Assim, visando maior assertividade na análise dos eventos sinistrados e, consequentemente, diminuir as perdas com o pagamento de indenizações securitárias para sinistros fraudados pelos envolvidos, as seguradoras necessitam realizar o tratamento de dados pessoais, dentre eles aqueles tidos como sensíveis.

Para realizar esse tratamento, não há sempre a cooperação, ou seja, o consentimento expresso, por parte do segurado ou terceiro, apesar do que leciona o princípio da boa-fé. Para tanto, há a companhia seguradora pode se valer de duas das bases legais previstas no art. 11, inciso II, da LGPD, que são justamente o cumprimento de obrigação legal pelo controlador e o exercício regular de direitos.

Com isso, e principalmente com o atendimento aos princípios da finalidade, adequação e necessidade, o segurador terá a chance de diminuir a ocorrência de propostas de seguro com dados incorretos, levando a melhor especificação do seguro, bem como evitando o pagamento de indenizações sem base contratual, mantendo a saúde financeira não só da própria companhia, mas do fundo comum que ela é responsável por gerir.

REFERÊNCIAS

- FREIRE, Numa. **Aspectos do seguro**. São Paulo: Editora Atlas, 1959.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal.
- VII FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO: FILHO, José Sollero (org.). **Os avanços do Projeto de Lei 29/2017**. São Paulo: Editora Roncarati, 2018.
- IV FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO: FILHO, José Sollero (org.). **A regulação do sinistro no Direito atual e no Projeto de Lei nº 3.555, de 2004**. São Paulo: Editora IBDS, 2004.
- ESTATÍSTICAS DO MERCADO SEGURADOR. Rio de Janeiro: CNseg, 2021.
- Brasil lidera ranking de arrecadação de seguros na América Latina com 43,96% de participação. CNseg, 2021. Disponível em <https://cnseg.org.br/noticias/brasil-lidera-ranking-de-arrecadacao-de-seguros-na-america-latina-com-43-96-de-participacao.html>. Acesso em: 04/01/2022.
- QUANTIFICAÇÃO DA FRAUDE NO MERCADO DE SEGUROS BRASILEIRO. Rio de Janeiro: CNseg, 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Legislação Federal.
- FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis**. Jota, publicado em 26 de setembro de 2018.

CAPÍTULO 11

DIREITO DE FILIAÇÃO – DAS SEMENTES AOS FRUTOS

Melissa Telles Barufi

1. INTRODUÇÃO

Na valiosa obra *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*¹, nosso eterno mestre Zeno Veloso, com seu olhar no futuro, comentando a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 no campo da filiação, já nos apontava que as transformações que ocorriam, decorrentes das modificações sociais e culturais nas relações humanas, se tratava apenas do ponto de partida e não da reta de chegada. Assim, como previu, a trajetória do Direito de Filiação continuou, e ainda continua necessitando de interferência, tanto na sua conceituação, bem como na sua legislação, acarretando um novo ramo do direito, capaz de atender às especificidades intrínsecas da principal relação de parentesco existente: pais e filhos.

Essa mudança conceitual e paradigmática da compreensão da família e da filiação precisou percorrer caminhos áridos, bem como transformações sociais e culturais avassaladoras. Nessa caminhada, a Constituição Federal de 1988 mostra-se como um divisor de águas para as estruturas familiares e para as garantias dos direitos individuais e transindividuais, mirando no eixo condutor da dignidade da pessoa humana.

Afora isso, a virada do milênio trouxe uma aceleração na aproximação das pessoas, rompendo barreiras e preconceitos; viabilizando a concretização efetiva do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida de sua felicidade.

Assim, a presente proposta nasce do ponto de partida trazido pelo saudoso Zeno Veloso, circundante ao movimento social, histórico e legislativo,

¹ VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. Ed. Malheiros. 1997. p. 07.

permeado pelas sementes que germinam e, que hoje, podemos colher os primeiros frutos.

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITUAL E HISTÓRICA DO DIREITO DE FILIAÇÃO.

A partir do século XX², as crianças e os adolescentes passam a receber certa tutela do Estado. Com a vigência do Código Bevilaqua em 1917, e ao entrar em vigor o denominado Código de Menores, o legislador brasileiro passou a refletir sobre a temática da criança e do adolescente no país, de forma precária e discriminativa³.

Todavia, a partir da segunda guerra mundial (1939 - 1945) tornou-se imprescindível a formalização de determinados princípios e a garantia de suas inviolabilidades para a preservação dos direitos do indivíduo. Desde então, crianças e adolescentes passaram, gradativamente, a receber, ainda que de forma incompleta, alguma proteção do Estado.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a dignidade passa a ser reconhecida, em seu preâmbulo, como elemento intrínseco a todos os membros da família humana, assegurando aos seus integrantes, direitos iguais e inalienáveis, além de irradiar a liberdade, a justiça e a paz no mundo.

Assim, resguarda a capacidade indistinta de todos os indivíduos para fruir dos direitos e liberdades nela previstos; a igualdade de tratamento perante a lei, assim como a proteção contra qualquer forma de discriminação; a liberdade de pensamento, os cuidados necessários à infância e o tratamento igualitário aos filhos concebidos dentro ou fora do casamento; dentre outros direitos e garantias previstos, buscando fortalecer o respeito e a dignidade do indivíduo nas relações sociais e, principalmente, nas relações familiares.⁴

² Entre os séculos XVI ao século XIX, as crianças e adolescentes eram tratados, na maioria das vezes, como seres sem relevância. Esta indiferença advinha do alto índice de mortalidade precoce que assombrava aquela época. Não se pode esquecer que a indiferença com que eram tratados as crianças e adolescentes em terras brasileiras não era muito diferente daquela que lhes era proporcionada em outros países da Europa. Assim, além de adultos, as embarcações marítimas portuguesas traziam consigo para povoar a Terra de Santa Cruz algumas categorias de crianças como: grumetes, pajens, órfãs do Rei ou somente passageiros acompanhados de seus pais ou responsáveis. Para aprofundar o tema: RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In PRIORE, Mary Del (org.). **História das crianças no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Contexto, 2010, p.19-54.

³ Vale observar que no Código Civil de 1916 os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. “Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos”. LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In **Conselho da Justiça Federal**. Brasília. 2004, p.48.

⁴ BARUFI, Melissa Telles. LEVY, Laura Affonso da Costa. **A Conquista ao Direito de ser Cuidado - 10 Anos da Lei 12.318/2010**. Disponível: <https://ibdfam.org.br/artigos/1528/A+conquista+ao+direito+de+ser+cuidado+%E2%80%93+10+Anos+da+Lei+12.318+-+2010#:~:text=A%20Declara%20>

Nesse salto de direitos, as crianças e os adolescentes passaram a receber maior proteção, tornando-se alvo de amparo integral e prioritário. De igual modo, passaram a ser reconhecidos como agentes sociais, tornando a infância e adolescência fases da vida que merecem ser refletidas e valorizadas.

Em mesmo aspecto, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), da qual o Brasil é signatário, prevê que, devido à imaturidade física e mental, eis que indivíduos em desenvolvimento, as crianças e os adolescentes necessitam de proteção e de cuidado especial, devendo, ainda, ser amparados por uma legislação especializada e apropriada.

Outro avanço de proteção significativo é a Convenção sobre os Direitos da Criança, Decreto n° 99.710 de 21 de novembro de 1990, que prevê em seu artigo 2.1, o direito à igualdade das crianças e dos adolescentes, sendo proibida qualquer distinção entre eles.

Já o art. 2.2, visa protegê-los de qualquer forma de discriminação ou castigo, assegurando o exercício de atividades, a manifestação de suas opiniões, dentre outros direitos e garantias; o art. 4º além de agregar os direitos e deveres dos pais, tutores ou responsáveis, também prevê o direito à proteção e ao cuidado que obrigatoriamente estes deverão ter com a criança ou adolescente que estiverem sob sua responsabilidade. A Convenção sobre os Direitos da Criança, Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990 prevê em seu artigo 2.1, o direito à igualdade das crianças e adolescentes proibida qualquer distinção entre eles. Já o art. 2.2, visa protegê-los de qualquer forma de discriminação ou castigo, assegurando o exercício de atividades, a manifestação de suas opiniões, dentre outros direitos e garantias (LIMA et al., 2017).

O art. 27 da Convenção em comento assegura à criança e ao adolescente o direito ao pleno desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social; no art. 28 vai ressaltado o direito ao acesso à educação de qualidade, enquanto o art. 31 traz à baila o direito ao descanso, ao lazer e à diversão.

Importante observar que a Convenção, além de prever os direitos das crianças e dos adolescentes, obriga os países signatários a proteger estes direitos, impondo medidas tanto administrativas quanto legislativas para que estes desfrutem das garantias nela previstas.

Essa construção de direitos atinentes à criança e ao adolescente, preocupada com o reconhecimento do indivíduo em situação peculiar de desenvolvimento, e o olhar atento a sua formação inserida nos núcleos familiares – local que lhe permite florescer – é o passo inicial para o reconhecimento do Direito de Filiação como especificidade, eis que atento aos direitos inerentes aos seres vulneráveis dentro das estruturas familiares.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE FILIAÇÃO.

De igual modo que as transformações sociais e históricas modificaram o cenário existencial, alteraram, também, as formatações familiares, atingindo a esfera dos filhos.

A Constituição de 1988, como um dos legados da modernidade, unificou garantias consagradas nas Declarações Internacionais, mostrando-se um instrumento de transformação social.

As legislações infraconstitucionais também garantiram a proteção da pessoa dos filhos. Assim, alterações que vieram em nosso Código Civil e demais legislações especiais, apesar de inúmeras lacunas e da ausência de alguns temas de suma importância como, por exemplo, abandono afetivo, e abuso da autoridade parental, acabaram por contribuir para ampliar o escopo dos direitos e das garantias.

A Lei n. 8.069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), é um diploma fundamental, eis que eleva as crianças e os adolescentes à condição de sujeitos de direitos.

A Lei 8560/92, possibilitou a averiguação oficiosa de paternidade, no intuito de garantir celeridade e desburocratização no reconhecimento da paternidade biológica.

O Código Civil de 2002 colocou o poder gerencial dos filhos menores a ambos os pais, sendo denominado como poder familiar, em igualdade de condições. Somado a isso, acresceu à presunção de filiação, os filhos havidos por reprodução humana assistida.

A Lei n. 11.924/2009 alterou a Lei dos Registros Públicos para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto, enaltecendo os vínculos afetivos formados pelas famílias mosaicos, sendo um reconhecimento histórico da afetividade e dos laços de amor advindos da filiação.

Já a Lei 12.318/2010, que tipifica os atos de Alienação Parental, é um marco no Direito de Filiação, destacando condutas lesivas e prejudiciais nas relações parentais, principalmente na construção e/ou manutenção dos laços afetivos que devem se dar por meio da convivência saudável. Visa, ainda, a garantia da proteção de crianças e de adolescentes contra abusos emocionais.

A Lei 13.058/2014 - Lei da guarda compartilhada - surge para alterar os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, determinando o compartilhamento da gestão, da administração e da responsabilidade sobre a prole. Busca, também, equilibrar o tempo de convívio dos pais em relação aos filhos, almejando uma forma equilibrada de convivência, considerando sempre a forma mais adequada para os filhos.

A Lei 13.010/2014, Lei da Palmada, nasce para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante.

O Projeto de Lei do Senado nº 497/2018 determina que pais ou responsáveis autores de violência contra crianças ou adolescentes poderão ter que frequentar programas de reeducação, recuperação e prevenção, caso o juiz responsável pela investigação assim o determine.

A Lei 13.803/2019 altera o dispositivo da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para obrigar a notificação de faltas escolares ao Conselho Tutelar quando superiores a 30% (trinta por cento) do percentual permitido em lei.

Ainda, diante da procura e do crescimento do número de reproduções humanas assistidas, cabe ressaltar as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que disciplinam e orientam os aspectos práticos e éticos dos procedimentos. Nesse ponto, a Resolução nº 2294/21 alterou as normas que regulam a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil, permitindo uma ampliação no rol de projetos parentais.

Assim, o progresso legislativo, longe de atender a todas as situações vivenciadas dentro das estruturas complexas de filiação, busca amparar e refletir sobre as transformações da sociedade, bem como dos grandes avanços e conquistas de longos anos, que hoje são comemoradas por todos os operadores do Direito.

Esses fatores somados garantem o desenvolvimento da esfera familiar e dos laços de filiação de maneira mais saudável. Assim, a presença do afeto, do carinho, da compreensão, da atenção, da disponibilidade, do cuidado, do alimento, entre outros aspectos, é capaz de dar ensejo à presença de uma estrutura edificante de filho propriamente dita, independentemente de quem são, e de quantos são os indivíduos envolvidos, bem como a procedência do vínculo, se biológica, civil ou afetiva.

Nessa compreensão é que a pessoa se completa, se perfaz, que o “eu” se transforma em “nós”, bem como se evidencia a necessidade de atenção pontual ao Direito de Filiação, para absorver o universo dos direitos expostos nos laços de filiação, que estão inseridos nas estruturas familiares.

4. O DIREITO DE FILIAÇÃO COMO FUTURO.

Na medida em que, no século passado, a família patriarcal, o direito patrimonializado e a consanguinidade reinavam nas estruturas familiares, a presunção de filiação provinha da origem sanguínea e, acima disso, do matrimônio, haja vista a máxima de que os filhos nascidos na constância do casamento têm por pai o marido de sua mãe.

Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a ocorrência das maiores e mais profundas mudanças no Direito de Família, priorizando a organização familiar baseada no afeto, com a busca da realização plena de todos os membros que a integram, somado às proteções advindas à criança

e ao adolescente e a ampliação do instituto dos filhos, sobrevieram mudanças no Direito de Filiação e, até mesmo, nas ações de filiação.

O reconhecimento de filiação, pelas vias administrativas, viabilizou caminhos mais céleres para o reconhecimento da paternidade, garantindo direito de filiação e hereditariedade à criança, somando à ascendência genética - todos abrangidos pelo princípio magno da dignidade da pessoa humana.

Vale observar, nesse aspecto, o direito à busca da ascendência e descendência viabilizadas pelas ações investigatórias de paternidade e maternidade, sejam elas biológicas ou socioafetivas.

Importante referir a legitimidade ao pedido *post mortem*⁵, ocorrido após o falecimento do(a) suposto(a) pai/mãe, bem como a viabilidade do agrupamento de parentalidade, hoje denominado de multiparentalidade, como forma de reconhecer, no campo jurídico, o que ocorre no mundo dos fatos.

Embora nem todas as inclinações afetivas gerem o vínculo socioafetivo de filiação, esta forma de exercício da parentalidade passou a ser recebida pela doutrina e pela jurisprudência, motivando, inclusive, todos os efeitos decorrentes da relação paterno-filial (ou materno-filial), ainda que não haja lei específica regulamentando.

Zeno Veloso, em palestra no Conversando para Proteger, já festejava a ideia de pluriparentalidade, onde o amor dos relacionamentos paternos-filiais desabrocham e florescem ⁶.

Assim, embora os padrastos e madrastas não tenham, por lei, determinadas obrigações em relação aos seus enteados, com o aumento das famílias reconstituídas ampliaram-se os laços afetivos, germinando uma sólida relação de filiação socioafetiva.

Nesses casos a multiparentalidade apresenta-se como solução aos novos formatos trazidos pelas contemporâneas relações familiares, somando vínculos, ao invés de excluí-los.

Ainda, com o reconhecimento das famílias homoafetivas, abriu-se um precedente para a inclusão de mais de um pai ou mais de uma mãe no registro de nascimento dos filhos, já que, nesses casos, aconteceria sempre uma ‘dupla maternidade’ ou uma ‘dupla paternidade’.

Somado a isso, dentro dessa onda revolucionária no Direito de Filiação, dando um salto na temática, pode-se apontar a ruptura da presunção relativa da paternidade e absoluta da maternidade, ante a existência das técnicas

⁵ Superior Tribunal de Justiça garante que é possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem, ou seja, mesmo após a morte do suposto pai socioafetivo. STJ. 3^a Turma. REsp 1.500.999-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/4/2016.

⁶ VELOSO, Zeno. Conversando para Proteger. Disponível em: <https://www.facebook.com/watch/?v=1456588114462817>. Acesso em 26.02.2022.

de reprodução assistida que, quando utilizado material genético de terceiro anônimo, denominada de reprodução assistida heteróloga⁷, a paternidade/ maternidade biológica do nascituro será distinta da verdadeira paternidade/ maternidade, considerada como socioafetiva, provinda do projeto parental almejado pelas partes.

Portanto, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica. A filiação socioafetiva, portanto, é bastante abrangente e, na reprodução medicamente assistida heteróloga, ao considerar pai/mãe jurídicos aqueles que não forneceram o material genético para a concepção do seu filho, traz à tona a origem não genética, construída pelo afeto, pela convivência, pelo nascimento emocional e psicológico do filho que enxerga naqueles com quem convive e recebe afeto seus verdadeiros pais.⁸

De igual modo, as técnicas de gestação por útero em substituição, conhecidas popularmente como “barriga de aluguel”, principalmente quando utilizadas por casais homoafetivos, denotam o espelho dos projetos parentais, recheados de amor e revestidos de desejos.

Seguindo essa linha, há que se fazer referência ao direito sucessório, de filhos provindos da reprodução assistida *post mortem*, ante a igualdade na filiação, não sendo possível haver distinção em relação aos herdeiros já nascidos há época da abertura da sucessão.

Aqui, vale observar que, ante a ausência de legislação sobre o tema, existe divergência em relação aos prazos para realização da concepção, bem como para busca do quinhão hereditário, cabendo ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, do livre planejamento familiar, da igualdade entre os filhos, da segurança jurídica e do princípio da *saisine*.

Ainda, a proteção, o cuidado, os cumprimentos dos acordos parentais, as observâncias ao fiel cumprimento do poder familiar, entre outros temas, são demandas emergentes atinentes à temática da filiação.

Não existem respostas prontas, mas há a necessidade de maior qualificação dos operadores do Direito para uma compreensão mais ampla das relações familiares, exigindo dos profissionais um olhar atento a esse novo ramo, denominado Direito de Filiação.

⁷ Em se tratando de inseminação artificial, é importante fazer a distinção quanto aos agentes que efetivamente participação com a doação das células reprodutivas. Costuma-se chamar de reprodução assistida homóloga aquela em que o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro), e heteróloga quando o material fecundante for de terceiro (doador).

⁸ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Filiação na reprodução assistida heteróloga**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3670/Filiacao-na-reproducao-assistida-heterologa>>. Acesso em: 01.01.2020.

5. CONCLUSÃO

Dado ao processo histórico, social e legislativo ocorrido na dinâmica das relações de filiação, fruto das sementes advindas da dignidade e do reconhecimento da pessoa humana, imersos no solo fértil do afeto, fez frutificar no novo Direito de Filiação, exigindo um papel hermenêutico amplo, dando sentido ao texto normativo livre de compreensões prévias.

Assim, quando adentramos na seara do Direito dos filhos temos que ter a clareza de que os princípios constitucionais, esses de caráter fundamentais, têm de prevalecer no momento da interpretação jurídica.

É a partir dessa dinâmica que se garantirá a preservação/construção do afeto nas relações parentais, prevalência da proteção aos menores, bem como a máxima defesa ao direito de filiação. O Direito é uma ciência prática a fim de resolver os problemas sociais, com a tarefa de interpretar, sem se afastar da história da vida factual.

E, como semeou Zeno Veloso: “A mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.”

6. REFERÊNCIAS

- BARUFI, Melissa Telles. LEVY, Laura Affonso da Costa. **A Conquista ao Direito de ser Cuidado - 10 Anos da Lei 12.318/2010.** Disponível: <https://ibdfam.org.br/artigos/1528/A+conquist-a+ao+direito+de+ser+cuidado+%E2%80%93+10+Anos+da+Lei+12.318+-+2010#:~:text=A%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20resguarda%20a%20capacidade,em%20poder%20opinar%20e%20se>.
- CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Filiação na reprodução assistida heteróloga.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3670/Filiacao-na-reproducao-assistida-heterologa>>.
- CORRAL, Alaéz Benito. **Minoría de edad y derechos fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2004.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In **Conselho da Justiça Federal.** Brasília. 2004.
- VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade.** Ed. Malheiros. 1997.

CAPÍTULO 12

A FILOSOFIA DO SUJEITO NA POLÊMICA SOBRE O NAMORO QUALIFICADO E A CRÍTICA HUMANISTA DE ZENO VELOSO

Alberto de Moraes Papaléo Paes

É impossível assumir a empreitada de escrever um texto para esta edição da Revista Digesto, do Instituto Silvio Meira, sem compartilhar uma lembrança com o Professor Zeno Veloso, homenageado por ocasião do lançamento desta. Bem, além de ter a oportunidade de dividir a sala dos professores com o tão nobre jurista e mestre, apesar de minha pouca idade, de tê-lo ouvido por diversas vezes nos eventos ocorridos nesta cidade, um dos meus maiores prazeres foi o de tê-lo convidado para participar de defesa de trabalho de conclusão de curso de um artigo por mim orientado. Tratava-se de uma pesquisa historiográfica que tinha por objeto as Constituições do Estado do Pará, pesquisa esta feita com muita dedicação e empenho por parte da pesquisadora e que, para minha felicidade contou também com entrevista ao Professor Zeno Veloso a respeito da Constituição Estadual de 1989 (pelo fato dele ter sido relator-geral da Assembleia Constituinte do Estado do Pará que promulgou o referido texto legal).

Como era de praxe, o Professor Zeno deu um espetáculo a parte, tanto na arguição quanto nos comentários que foram, para mim um relato de experiência histórica, de prudência e de uma imensurável humildade por parte deste grande (e agora saudoso) jurista. Algum tempo depois tive acesso, pois comentei em uma sala de aula sobre o ocorrido, a um livreto editado pelo Governo do Estado com pareceres dele, no período em que atuou como Secretário de Justiça do Estado do Pará. Ao levar o livro para seu autógrafo ele me contou que aquele parecer, em particular, sobre a possibilidade de brasileiro naturalizado concorrer para cargo de Governador Estadual contou com uma grande contribuição de Pontes de Miranda, com quem se correspondia e trocava telefonemas habitualmente (inclusive tendo escrito sobre Pontes em pequena obra em sua homenagem). Todos nós, autores e autoras, que estamos

escrevendo aqui, tivemos a felicidade de compartilhar um pouco das nossas vidas e experiências com Zeno, e isto representa hoje uma felicidade tão inenarrável que somente compartilhando essas experiências podemos deixar uma fração da felicidade e sabedoria que ele nos legou para as próximas gerações.

Bem, o título do presente artigo é complicado, admito, mas procurarei simplificá-lo a partir de uma redução epistêmica que me proponho a fazer usando do exemplo paradigmático na defesa do Namoro Qualificado, que é feita por Zeno Veloso (2016) em texto publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). O ponto de partida de Zeno (2016) é o comentário de um caso midiático no qual uma atriz teria sido agredida por um empresário fora do Brasil e, por conta deste fato, havia procurado escritório de advocacia a fim de promover ação jurídica de reconhecimento e dissolução de União Estável exigindo um valor de R\$ 100 milhões de reais a título de formação de patrimônio durante a União. A questão, em si, não é resolvida pelo ilustre jurista, muito menos tem ele a pretensão de resolvê-la, mas, há aqui a oportunidade de observar a polêmica sobre União Estável e Namoro Qualificado sob uma nova luz.

Para Zeno (2016) a União Estável deve ser caracterizada, conceitualmente, como uma entidade familiar constitucionalmente prevista e com a sua proteção reconhecida como equipara a dada ao casamento. Sua fundamentação legal subsume-se do art. 1.723 do Código Civil de 2002, podendo ter os seus elementos divididos sob duas categorias: a) objetivos (visível, contínua, duradoura) e; b) subjetivo (intenção em constituir família). Compreendida, também, como uma situação de fato, a união estável não exigiria, portanto, formalidades ou solenidades para seu reconhecimento ou dissolução. Zeno (2016) indica que existem zonas de penumbra (no que diz respeito à semântica do que o legislador pretendeu com as palavras visível, contínuo ou durador) que devem ser consideradas pelo aplicador do direito no que tange aos elementos objetivos. Porém, é a respeito do elemento subjetivo que o nobre Jurista se atém com mais ênfase para defender a caracterização do Namoro Qualificado. Nesse sentido vale a pena a transcrição da seguinte passagem:

“Ao lado desse elemento objetivo, vem o elemento subjetivo, interno, moral: a intenção de constituir família, a convicção de que se está criando uma entidade familiar, assumindo um verdadeiro e firme compromisso, com direitos e deveres pessoais e patrimoniais semelhantes aos que decorrem do casamento, o que tem de ser aferido e observado em cada caso concreto, verificados os fatos, analisados o comportamento, as atitudes, consideradas e avaliadas as circunstâncias” (VELOSO, 2016).

Chama atenção o emprego do termo “moral” na defesa do conceito do elemento subjetivo, porém, o fato é que a distinção entre os elementos e a alocação de um elemento subjetivo, interno, moral, abre margem para que na

prática seja possível diferenciar uma relação que possui um ânimo em constituir família daquela relação que, apesar de possuir alguns elementos objetivos coincidentes com a União Estável, não possuí qualquer ânimo em constituir uma família (VELOSO, 2016). Ainda, neste diapasão, entram em cena outras duas decorrentes lógicas do debate: a) há uma imprecisão gigantesca que deve ser enfrentada por quem pretende conceituar o que pode vir a ser um Namoro Qualificado¹ e; b) não havendo alternativa alguma para situações em que carece o elemento subjetivo, estaríamos sendo forçados pelo Estado a ter reconhecida uma União Estável.

A respeito da segunda questão a resposta parece ser óbvia: é necessário reconhecer o Namoro Qualificado como alternativa para o cidadão, somente assim a liberdade, no sentido constitucional, poderá ser protegida efetivamente no sentido proposto pela primeira dimensão dos Direitos Fundamentais (voltarei a esta questão no prosseguimento do artigo para detalhá-la). Contudo, a primeira questão é um campo aberto para discussão e de disputas, porque o fundamento argumentativo da resposta passa pela ideia de que tudo depende da vontade individual dos sujeitos pertencentes a relação jurídica. Noutras palavras, é necessário que ambas as partes estejam de acordo com a natureza da relação em que vivem. É justamente, neste sentido que aparece a contribuição exemplar da Filosofia do Sujeito no debate sobre o Namoro Qualificado.

Em obra coletiva organizada por Ricardo Campos há um artigo escrito por Ino Augsberg (2016) no qual ele aponta que o caminho adotado pela dogmática daqueles que defendem direitos individuais como direitos fundamentais, na Alemanha, é o de pressupor que, tais direitos, são construções que servem, de algum modo, para que o cidadão se insurja contra uma pretensão Estatal, por isso seriam justificados pela Filosofia do Sujeito (p. 26). É claro que não há uma grande necessidade de argumentar em prol da aplicação horizontal da eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações privadas, pois esta é um fato na Doutrina e na Jurisprudência Brasileira². A grande questão é a de que se a resposta para a pergunta sobre qual a grande diferença entre Namoro Qualificado e União Estável reside na disposição da vontade dos sujeitos da relação, então, está-se diante de um paradigma no qual o que deve ser preservado, em matéria de proteção jurídica, é a autonomia individual do sujeito em face da pretensão normativa da Lei e da força cogente do Estado.

¹ Como se pode ver na obras de Maria Berenice Dias (2015) “Manual de Direito de Famílias” e Leonardo Amaral Pinheiro da Silva (2018) “Pacto dos Namorados”, dentre outros textos sobre o assunto.

² Vide os estudos de Daniel Sarmento (2004) em “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”, e as decisões prolatadas pelo STF no RE n. 63.279; RE n. 160.222; RE n. 158.215-4/RS; RE n. 161.243-6/DF; o RE n. 201.819-8; entre outros.

No caso que serve como ponto de partida para Zeno (2016) quando o Juízo descarta a possibilidade das partes estarem vivendo sob a égide de um Namoro Qualificado o Estado está intervindo na tutela da autonomia individual do sujeito e, neste sentido, dizendo-lhe que não pode realizar determinado ato, ou tomar determinada conduta. Quando a resposta para tal coação é dizer que ambas as partes consentiram em participar de uma relação na qual não há reconhecimento de União Estável por conta da ausência do elemento subjetivo, o fundamento de validade da proposição é o de que a determinação existencial daqueles dois indivíduos é aprimorada pelo reconhecimento estatal de que as suas vontades em não constituir uma família é essencial para que eles se sintam tratados de modo digno. Este é um dos sentidos de Dignidade da Pessoa Humana que são usados por Ingo Sarlet (2007) como uma dimensão ontológica de Dignidade (p. 366-8).

Dentro da orientação da filosofia do sujeito o homem é reconduzido a centralidade da investigação científica e apartado da experiência metafísica medieval. O que significa dizer que a ideia de que tanto o conhecimento humano como o próprio Direito seriam fenômenos não desenvolvidos por uma entidade supra-humana (ou, divina) e legados ao homem para utilização por meio de uma régua ética ou moral. Dela, aduz-se que as leis da natureza, por exemplo, estudadas pela física são muito mais produto da intencionalidade investigativa do ser humano sobre as relações naturais do que algo que se encontra perene na natureza e que ela própria entrega ao homem em sua contemplação científica. Em resumo, a natureza do conhecimento humano é crítica e dialética. O emprego da Crítica e da Razão demonstra a recondução do caráter científico da Pergunta dentro do conhecimento humano através do Racionalismo Descartiano e este é um ponto de partida para a proposição levantada pelo kantismo na alvorada do Iluminismo.

Para o jurista alemão Robert Alexy (2015) o conceito de Dignidade da Pessoa Humana depende da determinação do que é autonomia e tal determinação circunda a orientação kantiana de que a autonomia do sujeito humano é o fundamento não só da dignidade humana como de qualquer natureza racional (p. 89). A racionalização da natureza dessa autonomia é explicada por ele a partir da apresentação de uma estrutura que comprehende pessoa como uma “dupla-tríade”. Para que alguém possa ser considerado como uma pessoa ele deve preencher as condições de toda a “dupla-tríade”: a) inteligência (apenas este requisito é insuficiente pois uma máquina hoje apresenta inteligência artificial); b) sentimento (igualmente, alguns seres vivos podem demonstrar inteligência e sentimento, mas, somente eles não descrevem-nos enquanto seres humanos) e; c) consciência (ou, autoconsciência, eu sei que existo enquanto uma pessoa) (ALEXY, 2015, p. 89).

Este último requisito, consciência como autoconsciência, se desdobra em outras três categorias, pois a partir dele o ser humano desenvolve: a) consciência cognitiva (é a compreensão de somos seres temporalmente limitados, ou, a certeza de somos finitos e vamos morrer); b) consciência volitiva (é a consciência de que as ações são orientadas por atos de vontade, queremos obter resultados e agimos unitariamente ou coletivamente para atender aquele propósito, inclusive podemos escolher perseguir o interesse de outra pessoa como o nosso) e; c) consciência normativa (é a consciência de que existe o certo e o errado e que nosso comportamento deve ser corrigido por meio dessa guia) (ALEXY, 2015, p. 89-90). Esta é a dimensão da autonomia no sentido kantiano. Porém, há de se destacar que o papel do Direito é o de garantir que cada pessoa possa se reconhecer enquanto tal e, mesmo que não tenha condições de fazer isso, tenha a possibilidade em abstrato de fazê-lo protegida (SARLET, 2007, p. 368).

Isto significa que faz sentido dizer que a garantia da autonomia da vontade das partes delimita que escolhas individuais devem ser levadas em conta pelo Estado como forma de garantir a autodeterminação do indivíduo no momento de delimitar se um relacionamento é um Namoro Qualificado ou uma União Estável. Porém, quero aqui levantar algumas críticas à Filosofia do Sujeito pressuposta da utilização da autonomia no sentido kantiano como fundamento de validade da defesa do Namoro Qualificado partindo de elementos empíricos e não puramente teórico-filosóficos. Para tanto, novamente, pretendo me socorrer da prática do direito uma vez que, como já defendido allhures da presente pesquisa, o âmbito da investigação suscita se desenvolver em cima de uma zona de penumbra que capacita a produção de tal debate. É de salutar importância, então, enunciar de modo bem claro e enfático que a preocupação empírica é qualitativamente voltada para os casos nos quais a dúvida sobre a categorização é mais evidente.

Bem, se a questão diz respeito a manifestação da vontade dos indivíduos, o que leva a garantia *a priori* da proteção jurídica da autonomia como requisito da Dignidade da Pessoa Humana, sempre que esta for presumida positivamente, nos casos em que for ausente o elemento subjetivo, o reconhecimento da União Estável se daria por prejudicado. Porém, o que dizer dos casos, por exemplo, de indivíduos que se colocam em uma situação de convivência marital (num estado de fato), porém, negam a intenção (verbalmente) de constituir família. Claramente, nesses casos, está-se diante daquilo que a Teoria do Direito chamou de “*hard case*”, e aqui, de acordo com a lição absorvida da Teoria dos Princípios seria possível resolver a disputa através da aplicação de Princípios Jurídicos³.

³ Tese esta da qual eu, particularmente, passo a discordar frontalmente pois comproendo, tal qual Ralf Poscher (2020) que o conceito Jurídico de Princípios é insuficiente para cobrir o fenômeno que ele

Esta orientação tem sido muito criticada por alguns juristas mundo a fora e com certa razão pois a indústria de Princípios tem se servido de bons frutos e decisões que “magicamente” parecem resolver diversas disputas em nome dos Direitos, mais notadamente e com grande visibilidade no Brasil (fenômeno já apelidado de pan-principiologismo). Para a questão em apreço palavras e expressões como “prevenção”, “cautela”, “boa fé”, “torpeza”, começam a ganhar novas releituras para justificar um argumento que pode ser sintetizado da seguinte maneira: “toda vez que uma das partes fizer uso intencional da ausência de elemento subjetivo para se eximir da responsabilidade decorrente de composição patrimonial da União Estável é prudente que se reconheça a União Estável”. Por isso, estudar as relações de modo empírico nos capacita diferenciar quando alguém usa o sistema legal para se beneficiar em detrimento da autonomia do outro, dividindo contas bancárias, dividindo o acesso pago a plataformas de streaming, firmando contratos públicos como dependentes, etc. Um com o *animus* de constituir família e o outro sem esse *animus* exteriorizado por atos verbais ou formais, mas, de comprovação provável por meio de análise empírica.

Aqui encontramos, novamente, o argumento da Autonomia como fundamento da Dignidade Humana, pois ela reflete a regra de ouro da filosofia do sujeito, também encontrada no Capítulo 7 do Livro de Matheus, versículo 12: “Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles; porque esta é a lei dos profetas”. Popularmente conhecida como “não faça ao outro o que não gostaria que fizessem a você”, relida pela filosofia do sujeito como o postulado da vedação de usar seres humanos como meios ou instrumentos para consecução das nossas próprias vontades. Seres humanos não podem ser transformados em objetos, instrumentos que são usados e manipulados para atingir as vontades individuais pois, nesse sentido, estariam sendo “des-humanificados” reduzidos a objetos não humanos. Esta posição me parece ser perceptível da leitura do seguinte trecho do artigo de Zeno (2016):

“A meu ver, não se trata de “mercantilizar o envolvimento” ou de “monetizar o afeto”, como alguns doutrinadores criticam (inclusive, a eminentíssima mestra Maria Berenice Dias, no Manual, antes citado), mas, apenas, de identificar o relacionamento amoroso que mantém, deixar clara e bem definida a extensão do mesmo, consignar e esclarecer que, pelo menos no momento presente, não passa de namoro. Quer-se prevenir e evitar a alegação da existência de efeitos materiais que podem ser de grande monta, de altíssimo valor. Advirta-se, en-

pretende, além de ser desnecessário para compor a ordem jurídica como um todo. Além do mais, se se observar a defesa anglo-saxônica, o próprio Dworkin (1986) o “Império do Direito” deixou de utilizar a distinção famosa no “Modelo de Regras I” na descrição da formação do Direito.

tretanto: se, ao contrário do que informa a declaração que emitiram, a união estável entre eles está configurada, ou, posteriormente, vem a se constituir, é isso que vale e tem efeito, e não o que se declarou no chamado contrato de namoro (VELOSO, 2016).

O reconhecimento do Namoro Qualificado é válido quando se procura preservar a autonomia de cada indivíduo participante da relação. Porém, na medida em que se percebe que uma delas está se tornando instrumento na mão da outra é possível se falar num reconhecimento posterior da União Estável. Essa é a singular contribuição da filosofia do sujeito colocada em prática no estudo da polêmica entre Namoro Qualificado e União Estável. Considero que a tarefa dos juristas, especialmente na Teoria do Direito, não consegue ser apenas descritiva, sendo, antes de mais nada, uma atividade prescritiva, normativa, aplicativa. Melhor dito, uma parte da Teoria do Direito descreve fatos enquanto outra prescreve orientações de correção a partir do estabelecimento de padrões morais. Este é o argumento de formação do direito e o motivo de porque a relação entre direito e política é mais complexa do que aparenta e, também, a explicação do porquê de um Estado de Direito não poder ser necessariamente anti-democrático (HABERMAS, 1996, p. 288). Mas, será possível fazer uma crítica mais radical a esse entendimento?

Basicamente o que eu disse acima foi: ainda que alguém se defenda num processo judicial de reconhecimento de União Estável, no qual a tese do Namoro Qualificado esteja sendo afastada, dizendo que sua autonomia está sendo diminuída em relação a do outro, o que a decisão judicial responde, para esse caso é simplesmente que ele como cidadão se comprometeu em seguir as leis e a Constituição. Ao reconhecer a União Estável em detrimento do Namoro Qualificado o Estado não o está compelindo a viver uma União da qual não queria viver, na verdade, o que o Estado está fazendo é demonstrar que nenhuma vontade individual pode se colocar acima do consenso político que valida e legitima a construção do sistema Estatal, do Ordenamento Jurídico e das Leis. Para Ronald Dworkin (1995) essa é a grande problemática dos modelos constitucionalistas, uma maioria censitária faz leis que prometem garantir direitos para minorias, mas, na verdade acabam dizendo quais direitos podem ou não podem constar no rol de garantias e liberdades fundamentais de um determinado país (p. 03).

Exatamente por esse motivo que eu tomei a liberdade de dizer que esta era uma crítica mais radical no sentido de demonstrar que a Filosofia do Sujeito é combatida a partir da chamada Teoria dos Sistemas, que aduz ser a sociedade fruto de uma conjunção de diversas organizações humanas que atuam em campos diferentes do saber humano constituindo o tecido orgânico da sociedade e fazendo parte de um todo: a sociedade (LUHMANN, 1983).

Então, é bastante dizer que a defesa do Namoro Qualificado pode pular do enfoque singularizado no interesse das partes num processo judicial para a ideia de que o próprio instituto trata da defesa de um interesse de uma pluralidade indistinta de atores sociais que pertencem a micro-sistemas e micro-realidades diferentes. Para a Teoria dos Sistemas a realidade aqui abordada é transindividual e autorizaria, inclusive, a realização de ações coletivas (num sentido social e, por que não, também num sentido jurídico!). Daí a radicalidade da crítica imposta pela Teoria dos Sistemas à Filosofia do Sujeito.

Há como equacionar estes conflitos teóricos na prática? Sim. Esta talvez seja uma das mais valiosas lições contidas nas obras de Zeno (1997) que muito antes do Supremo Tribunal Federal já defendia, no Brasil, o reconhecimento das Uniões Homoafetivas. Em seu comentário à Lei de Introdução ao Código Civil (nomenclatura já modificada hoje), Zeno (2006) se reporta a Parábola da mulher adúltera para demonstrar que não há melhor exemplo de aplicação dos princípios interpretativos do Direito Intertemporal do que este contido nas linhas de Sabedoria que provém do Nazareno (p. 84-5). Aquele que não houver pecado que lhe atire a primeira pedra. Isto não se trata de mero recurso retórico, ou de levantar uma bandeira política na qual há uma necessidade de defesa de uma orientação moral eminentemente cristã. Na verdade a crítica Humanista de Zeno Veloso é um lembrete de que nós somos responsáveis uns pelos outros.

A palavra aqui “responsabilidade” no que estou chamando de Crítica Humanista de Zeno Veloso deve ser desmistificada quanto seu uso filosófico-jurídico. Veja, podemos muito bem professar uma fé e ter princípios religiosos que aplicamos indistintamente em nosso cotidiano sem com que isso reflita na consciência de que não podemos obrigar as pessoas a cumprir com a mesma cartilha que nós. Isso não deve nos tornar adversários e acima de tudo não deve nos afastar da importante consciência de que somos responsáveis, também, pelo reconhecimento de todos que são iguais ou diferentes, todos que possuem a mesma crença ou crença diversa da nossa, porque a força motriz dessa responsabilidade humanística presente na crítica de Zeno é traduzida no amor que só o ser humano é capaz de sentir, racionalizar e externar. É através desse sentimento que somos capazes de nos solidarizar com a dor do outro, de nutrir empatia, compaixão, podemos nos tornar mais receptivos ao que o outro tem a contribuir para a minha formação enquanto indivíduo e para minha visão acerca do que é o mundo.

Perceba, o papel de um Juiz quando se vê diante da situação de ser uma determinada relação uma União Estável ou um Namoro Qualificado passa, necessariamente, pela avaliação das condições fáticas em que o caso se desenvolve: a) se há ausência de elemento subjetivo; b) se há consenso entre as partes; c) não havendo consenso, se há elementos empíricos suficientes para

afastar a hipótese de namoro qualificado; entre outros possíveis. Existem casos periféricos que não necessitam de extrema cautela e podem ser resolvidos de modo mais simples, porém, aqueles que não são orientados por essa “clareza prudencial”, ao serem compreendidos a luz da Filosofia do Sujeito ou a Crítica dos Sistemas se tornam casos em que parece que a decisão final é mais uma opinião sobre o que o Juízo acha do que a decisão mais racionalmente acertada. O ponto fulcral da crítica Humanista de Zeno é o de que pensar o direito de modo extremamente acadêmico e formal é perder de vista o fato de que é uma ciência desenvolvida por homens e para homens. Desse modo, uma decisão jurídica orientada exclusivamente por parâmetros técnicos e científicos é distante do ideal de Justiça pretendido pelo Direito.

Lembrar que somos seres humanos é lembrar de nossa capacidade de sentir e nutrir empatia uns pelos outros. A responsabilidade decorrente da ideia de Amor, Compaixão e Empatia não é simplesmente uma categoria metafísica que, tal qual os princípios jurídicos, serviriam de um truque mágico para resolver definitivamente uma disputa. Como o próprio nome já aduz a Crítica Humanista de Zeno é algo que se opõe a leitura exclusivamente individual e solipsista do Direito (como se ele fosse dirigido por alguém para alguém para algo necessariamente útil). O Direito deve ser compreendido, a partir dessa crítica, como um produto de sua própria historicidade e, consequentemente, capaz de elevar o espírito humano a um patamar crível de realização e satisfação da *eudaimonia* (felicidade) integral do ser (algo que aparece na doutrina aristotélica como florescimento humano). Na prática esse tipo de conhecimento deve ser aprendido de modo prudencial e é na troca de experiências entre passado e presente que podemos encontrar respostas para como resolver estas questões na prática, coisa que, também, aprendeu-se na convivência com o ora homenageado.

A resposta para a grande polêmica sobre o Reconhecimento de União Estável ou de Namoro Qualificado, portanto, necessita sim desses vários degraus, ora práticos, ora metodológicos, ora epistêmicos, ora filosóficos. Porém, quando não houver mais nenhum lugar para se segurar, ou fonte para recorrer, dos dons que nos foram legados ao longo da história da humanidade, o Jurista Zeno Veloso, em sua crítica Humanista do Direito nos relembra que, ao apagar das luzes, maior deve ser o amor, transfigurado na responsabilidade de conduzir o outro, o diferente, o alijado a seu lugar de fala. Este é, portanto, o propósito do Direito. Com muita felicidade, então, encerro a minha contribuição para esta edição em homenagem ao Professor Zeno Veloso, e a deixo já no compromisso de continuar a desenvolver esta perspectiva que lancei, de forma embrionária neste breve ensaio. Tenho a plena convicção de que podemos catalogar as obras e sistematizar o pensamento de Zeno, mas, a real dimensão de sua contribuição constituirá um legado atemporal para nós e para outras gerações que ainda estão por vir.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Human Dignity and the Proportionality Analysis. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v. 16. N. 3. P. 83-96. 2015.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Textos adicioais e notas Edson Bini. 2^a Ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.
- AUBENQUE, Pierre. *La Prudencia en Aristóteles*. Traducción castellana de María José Torres Goméz-Pallete. Ed. Crítica. Grijalbo Monadori, S. A., Aragó, Barcelona. 1999.
- AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes: A teoria da Ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. In. CAMPOS, Ricardo (org.) *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Editora Saraiva. São Paulo -SP. 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard Universtiy Press. Cambridge, Massachussets, London, England. 1986.
- _____. Constitucionalismo e Democracia. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer, publicado originalmente no European Jornal of Philosophy, n. 3:1, p. 2-11. 1995.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 10^a ed. RT/SP, 2015.
- HABERMAS, Jurgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In *A Inclusão do Outro: Estudos de teoria e política*. Edições Loyola. São Paulo - SP. 1996.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Volume I. Estudos Alemães. Série Coordenada por: Eduardo Portela, Emmanuel Carneiro Leão e Vamireh Chacon. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro. 1983.
- POSCHER, Ralf. Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle. *Ratio Juris*. Vol. 33. June. 2020. (134-149).
- SARLET, Ingo. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*. N. 9. - Jan. Jul. 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. *Pactos dos namorados*. Imprenta: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.
- VELOSO, Zeno Augusto Bastos. É Namoro ou União Estável? Artigos do IBDFAM. 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>
- _____. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: Unama, 2010.
- _____. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º a 6º. 2º Ed. Belém. Unama. 2006.
- _____. União estável: doutrina, legislação, direito comparado e jurisprudência. Belém: Cejup, 1997.

CAPÍTULO 13

O DEVER DE MITIGAR OS DANOS NOS CONTRATOS AGRÁRIOS COMO FOMENTO DA SUSTENTABILIDADE: À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Sthéfany Beatriz Ferreira Bellan

INTRODUÇÃO

Contratos agrários são modalidades contratuais de Direito Agrário que possuem como principal característica viabilizar o exercício do uso ou posse temporária da terra a forma de implementar atividade agrícola, ou pecuária. No dia 30 de novembro de 2021, o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/1964), uma das mais importantes leis agrárias brasileiras, que disciplina os contratos típicos de arrendamento e parceria rural, completou 57 anos, certo dizer que o Brasil mudou muito desde a sua promulgação. Diante da importância dos contratos agrários para a economia do país, faz-se necessária sua adequação à nova realidade social.

Desse modo, o presente trabalho busca analisar a forma de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, suas figuras parcelares e deveres anexos, em especial, o *venire contra factum proprium* e *duty to mitigate the loss* aos contratos de arrendamento como fomento de sustentabilidade, posto que o Estatuto da Terra disciplina os contratos típicos nos artigos 92 a 96, existindo ainda diversos outros regimentos de longa data quanto ao tema, inovando-se um pouco apenas com a Lei n. 10.406/02 -Código Civil – a qual não disciplinou capítulo específico para os contratos agrários, categorizando o debate sobre a autonomia do direito agrário.

No entanto, conforme será demonstrado, o art. 421, do Código Civil de 2002, trouxe a todas as modalidades contratuais a exigência de que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, modificado pela Lei nº 13.874, de 2019. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, houve muitas mudanças estruturais nos negócios agrários e no mundo jurídico. De tal modo, diante do surgimento

destas normas, torna-se necessário a aplicação de princípios que anteriormente, ao menos em regra, não se adotava aos contratos agrários.

Isto porque a despeito dos negócios jurídicos serem uma manifestação de vontade negocial das partes e possuírem os seus planos de existência, validade e eficácia determinados em lei, estes possuem, também, o escopo de se adequarem aos seus fins éticos, visando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Portanto, cabe ressaltar que o Código Civil de 2002 positivou tais princípios, alicerçado na sua mudança estrutural em subordinar as ações privadas aos princípios constitucionais, não havendo espaço para analisar estes negócios meramente sob o princípio da autonomia privada, como era na estrutura do Direito Civil oitocentista. Logo, os contratos agrários, para serem considerados negócios jurídicos válidos, devem estar balizados nos cuidados ambientais e no princípio ético da boa-fé, a qual é entendida como: padrão de conduta que os negociantes devem adotar antes, durante e após a negociação.

No entanto, como se poderá ver, muitas vezes essa conduta socialmente esperada é rompida pelo credor de má-fé. Destarte, para fins deste estudo, considera-se credor agrário de má-fé aquele que ciente de eventual dano deixe de promover diligências a fim de mitigá-lo com a intenção de se beneficiar de uma farta indenização. Como é o caso dos contratos de arrendamento, nos quais se exige os cuidados ambientais, e muitas vezes o arrendador ciente do seu descumprimento pelo arrendatário se mantém inerte no interesse de ser indenizado. Contudo, tal conduta é considerada contraditória, o que é totalmente vedado pelo princípio da boa-fé em razão da sua figura parcial *venire contra factum proprium*.

Nestes casos, verifica-se que o dever anexo à boa-fé objetiva o *duty to mitigate the loss* exige do credor diligências para fins de mitigar seu próprio dano, servindo à ciência do Direito Agrário como instituto catalisador da sustentabilidade, pois, o Estado-Juiz deve considerar o dever de o credor de mitigar danos (próprios ou agroambientais) como móbil para diminuir ou anular a indenização do credor de má-fé nos contratos agrários.

Esta pesquisa teve modalidade teórica e utilizou-se de análise bibliográfica e legislativa, destacando-se os trabalhos dedicados à área. A metodologia indutiva foi utilizada na análise do material, mediante a observação e comparação.

A expectativa é que o estudo permita a reflexão acerca da necessidade de se analisar a base axiológica das condutas éticas das partes nos contratos agrários para a efetiva interpretação contratual.

1. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL

O contrato é um mecanismo criado para a satisfação de interesses pessoais, uma técnica criada para o atingimento dos vários bens da vida. Diante

disso, fundamenta-se no *animus* de contratar, isto é, na necessidade das partes em celebrar um negócio jurídico em comum. O contrato é negócio jurídico bilateral, sempre e necessariamente, pois exige a intervenção de duas vontades (dois sujeitos) ao menos (LEDO e MARQUESI, 2018).

Para José Fernando Simão (2006) o contrato é uma espécie de gênero de negócio jurídico, é uma manifestação de vontades que regulamenta o interesse das partes e que deve ser cumprido por elas, sob pena de sanção. Trata-se de negócio jurídico bi ou plurilateral, já que, para a sua formação é imprescindível a vontade de duas ou mais pessoas. Distingue-se dos negócios jurídicos unilaterais, pois, naqueles há apenas uma vontade capaz de produzir os efeitos almejados. São exemplos de negócios jurídicos unilaterais o testamento e a promessa de recompensa.

Para tanto, é importante lembrar que, quando o ser humano usa da sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico (VENOSA, 2017), é por essa razão que os indivíduos a fim de promover transações utilizam-se dos contratos como meio de se efetivar a negociação de direitos entre as partes. Certo que ao longo da história a manifestação de vontade entre as partes se deu por meio de diversas formas até se chegar a atualmente analisada. Ao longo da vida houve inúmeras transformações, que apesar de serem importantes não serão analisadas, pormenorizadamente, nesse trabalho.

A sua razão de ser está alicerçada no uso ou posse temporária da terra, para a implementação de atividade agrícola ou pecuária, nas modalidades de arrendamento, segundo se depreende dos arts. 92 a 94 do Estatuto da Terra, observadas as disposições dos seus arts. 95 e 96, explicitados pelo art. 1º do seu Regulamento (LEDO e MARQUESI, 2018).

Ademais, o fato de o arrendante apenas ter a posse indireta sobre o imóvel arrendado, este possui o direito de ingressar no imóvel e vistoriá-lo com o fim de examinar o seu estado de uso e conservação, no entanto, não poderá interferir na atividade do arrendatário (LEDO e MARQUESI, 2018).

Há também o conhecido contrato de parceria rural que a despeito de não ser objeto desse estudo vale ser mencionado em razão da sua similaridade com o de arrendamento. O contrato de parceria rural está regulado pelo art. 96, § 1º, da Lei n.º 4.505/64, com a redação que lhe deu a Lei n.º 11.443/2007.

No conceito doutrinário, parceria rural é a modalidade contratual pela qual o parceiro-proprietário cede ao parceiro-produtor o uso da terra, partilhando com este os riscos do caso fortuito e da força maior e os frutos do produto da colheita ou da venda dos animais. (LEDO e MARQUESI, 2018).

Em síntese, a maior diferença entre o arrendamento e a parceria encontra-se na divisão ou não dos riscos do exercício da atividade rural exercida.

2. ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Em face à globalização das relações, nas legislações europeias surgiu-se a ideia de que os contratos agrários devem se adaptar às novas exigências econômicas e sociais (GRASSI NETTO, 2016). E isso certamente se deve ao movimento das diferentes escolas que estudam o Direito Agrário, todas apresentam a afinidade em relação ao fundamento da função social que este estudo pode oferecer. A professora Flávia Trentini (2012), por sua vez, ensina que uma das teorias mais recentes desenvolvidas a partir do estudo dos negócios jurídicos agrários é a teoria da agrariedade, a qual conceitua a atividade agrária como o desenvolvimento de um ciclo biológico, os quais estão sempre submetidos a riscos particulares, traduzindo em diferentes ameaças ao mercado agrícola.

De tal modo, o estudo dos contratos agrários se mostra importante, por ser ramo do direito agrário que envolve conflitos de interesses públicos e privados. Isto porque, a despeito da celebração contratual ser individual, com base no princípio da autonomia privada, seus efeitos são coletivos, pois, seus principais contratos, fundamentados no princípio da função social da propriedade, estão voltados ao uso regular da posse com tratamento sustentável e na justa produção de alimentos.

Luiz Edson Fachin (2015) ensina que, à luz do Código Civil de 2002, os negócios jurídicos deverão moldar-se aos pressupostos legais constitucionais. Portanto, os princípios éticos contratuais se mostram como uma louvável forma de concretizar tais pressupostos, pois, a função ética dos contratos agrários está no comprometimento dos contratantes com os seus fins econômicos de forma sustentável, devendo gerar o desenvolvimento econômico aliado à proteção e defesa dos recursos naturais.

Posto isso, pode-se concluir com as informações até aqui apresentadas, que a análise contratual contemporânea é balizada na concepção social do contrato, ensejando a apreciação de cada negócio jurídico delimitados na liberdade contratual, sendo que essa liberdade é restrita pelos princípios constitucionais, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana e fomentar a sustentabilidade.

3. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO RURAL

Para fins deste estudo, em razão dos limites de tempo e espaço, será abordado apenas as nuances do contrato de arrendamento rural isto devido às obrigações impostas legalmente neste contrato pelo próprio Estatuto da Terra.

Nos contratos de arrendamento rural é comum a transmissão do arrendador ao arrendatário da terra sem a existência de benfeitorias ou com alguns

poucos pontos de infraestrutura necessários para o arrendatário iniciar as suas atividades.

O §1º, art. 92 da Lei. 4.504/1964 determina ao proprietário garantir ao arrendatário o uso e gozo do imóvel arrendado, transmitindo-lhe a posse direta a partir da posse estipulada no contrato. Cabe destacar que o imóvel para fins deste contrato consiste no terreno e as suas edificações existentes, incluído as características naturais.

Diante disso, o professor Lutero de Paiva Pereira (2019) sinaliza a importância da boa elaboração dos contratos de arrendamento para que esses sejam feitos de forma pormenorizada, com descrição dos detalhes e, se possível, com imagens, uma vez que, em eventual dano ocasionado pelo arrendatário, para que o proprietário seja indenizado, deve ser comprovado à luz dos pressupostos para responsabilidade civil, qual sejam existência de nexo de causalidade, que nesse caso deverá ser indenizado independentemente de culpa.

O inc. X do art. 95 do Estatuto da Terra diz que “o arrendatário não responderá por qualquer deterioração ou prejuízo a que não tiver dado causa”, isto é, na existência eventual dano o arrendatário responderá ao arrendador pela plena reparação.

O professor Lutero (2019) ainda ressalta que:

Deterioração acontece quando como estado da coisa é alterado para pior quando os ganhos infligidos por uso inadequado como a conservação podem estabelecer decomposição que a empresa estabiliza total ou parcialmente para o fim a que se destina. Prejuízos por sua vez são perdas ou mudanças de qualquer natureza que a coisa sofre e que a exemplo da deterioração também comprometem a sua conservação ou mesmo funcionalidade.

Para esse estudo, devemos considerar que não somente as eventuais estruturas do imóvel podem ser deterioradas, como também o solo e todo o ecossistema presente na propriedade arrendada.

O arrendatário quando toma posse da terra por consequência da existência do contrato tem o dever de cuidado e este deve ser aplicado com as consequências dos proprietários, isto por o arrendatário ser obrigado: dispõe que a usar o imóvel rural, conforme o convencionado, ou presumido, e a tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu, não podendo mudar a sua destinação contratual.

Por óbvio que ocorrendo violação ou até mesmo omissão do arrendatário neste dever de cuidado com o solo, quaisquer consequências negativas disso ensejará na responsabilidade civil de dever de indenização, razão pela qual é evidente a necessidade de uma boa elaboração contratual pormenorizada, de modo a se identificar a existência de nexo de causalidade das consequências da

ação ou omissão. Por certo que a lei prevê que as deteriorações naturais não serão indenizadas, mas que devem ser vistas e comprovadas como tal.

Nesse sentido, em havendo deterioração ambiental por parte do dono esse deve estar atento ao contrato sendo onerado até com certo dever de fiscalização que pode estar inclusive contratualmente previsto, pois, a despeito da existência deste contrato de arrendamento os tribunais entendem a manutenção da responsabilidade solidária ambiental, eis ser obrigação *Propter Rem* e de acordo com venosa (2002, p. 128).

Posto isso, em existindo esse dever de fiscalização cabe ao proprietário exercê-lo de modo que, caso haja qualquer violação ambiental, esse pode imediatamente pedir despejo com base no art. 32, da Lei. 59.566, de modo a mitigar os prejuízos econômicos e ambientais existentes.

4. A BOA-FÉ OBJETIVA APLICADA AO ARRENDAMENTO RURAL

A noção de boa-fé no direito provém do mundo romano originada da palavra *Fides*. Este conceito está presente em diversos institutos do direito romano tendo mais de um significado, iniciando-se com o culto à Deusa *Fides*, protetora das estipulações negociais, realizado em um dos templos do Capitólio, no dia 1.^º de outubro. Após, passou-se à *fides bona*, que significava fidelidade à palavra dada, com o dever de cumprimento da promessa, o que fazia com que surgissem efeitos jurídicos e fosse possível a ação no caso de certos contratos que não eram reconhecidos pelo *ius civil* (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, 2003).

A tradição romanística considerou a *fides bona* como uma virtude ética consistente na honestidade do agir, contraposta ao *dolus* e à *fraus* (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, 2003).

Há ainda que se destacar a base filosófica da boa-fé estudada em tempos contemporâneos, que a despeito de poder ser vista em vários autores de filosofia sobressai-se a velha e conhecida demonstração da ética kantiana. Essa se mostra como espécie da lei moral universal cujo móbil para ação ou omissão do indivíduo é interno. Havendo, como móbil da ação ou omissão eventual poder coercitivo externo, o agir prático que segue a lei moral será jurídico, trazendo consequências ao mundo externo (KANT, 2013). Diante disso, o sujeito de boa-fé corresponderá com o padrão social esperado, seja induzido por móbil interno ou externo.

A boa-fé objetiva na legislação pátria é conhecida como um padrão de conduta, um modelo de desempenho que os negociantes devem adotar antes, durante e após a negociação (MARTINS-COSTA, 2015, p. 124), comportamento esse caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões

sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte (MARTINS-COSTA, 2015). Nesse teor, a boa-fé seja no seu aspecto objetivo ou subjetivo – esse não iremos nos aprofundar aqui – seguem os imperativos da moral sejam eles éticos ou jurídicos.

Em atenção aos dizeres da professora Judith Martins Costa (2015), no Brasil a boa-fé objetiva já era analisada pelo professor Clóvis de Couto Silva, a saber, no livro *A Obrigaçāo como Processo* (2015), em que já se consolidava como tríplice direção de norma de interpretação e integração do contrato. Com efeito, boa-fé foi recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral e os seus deveres anexos surgem independentemente de relação contratual ou normativa legal.

Essa cláusula foi incorporada pela legislação pátria com forte influência do § 242 do *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB). No entanto, a despeito do art. 422 do Código Civil não abranger as etapas pré e pós-contratual, sabe-se que, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial, que a boa-fé objetiva se estende a estas fases, o que é posicionamento consagrado nos enunciados de números 25, aprovado na I Jornada de Direito Civil, e 170, aprovado na III Jornada de Direito Civil.

Judith Martins-Costa (2015) a aplicação e operacionalidade da cláusula geral da boa-fé desdobra as suas obrigações em deveres laterais que são, igualmente, fonte de obrigações de condutas. Não há, por isso, apenas obrigação com os deveres principais dos contratos como também com aqueles necessários para a sua boa manutenção de modo a conservar todo o sinalagma e equilíbrio contratual.

Esses deveres anexos ou secundários podem ser examinados durante todo o desenvolvimento da relação jurídica e até mesmo após a sua execução. Quanto aos deveres anexos, podem ser considerados, dentre outros: “a) O dever de cuidado em relação a outra parte negocial; b) O dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo negocial; c) O dever de respeito; d) O dever de lealdade e probidade; e) O dever de colaboração ou cooperação; f) O dever de agir conforme a confiança depositada, a razoabilidade, a equidade e a boa razão, g) dever de mitigar os danos do devedor” (PENTEADO, 2007, p. 36).

Pela hermenêutica do art. 422 do CC, pode-se observar o dever de agir com probidade e boa-fé não só no momento da conclusão do contrato, mas também no seu desenvolvimento, deixando assim entrever o caráter dinâmico da relação obrigacional, é em razão disso, que a cláusula da boa-fé objetiva não deve demasiadamente ser positivada, com limitações extensivas, mas sim, ser aberta às inovações negociais, fruto de um sistema aberto. (PENTEADO, 2007), ensejando um olhar ético os contratos agrários, conforme apontados por:

5. O DUTTY E VENIRE COMO FOMENTO DE SUSTENTABILIDADE

Aqui é o momento que se entende que num contrato de arrendamento havendo a possibilidade de o arrendante promover a vistoria do imóvel arrendado, este deve promover as diligências necessárias para fins de operacionalizar as figuras parcelares da boa-fé objetiva como agir com diligências a fim de mitigar danos (*Duty to mitigate the loss*) e agir coerentemente e não contraditóriamente a ponto de lesionar a expectativa do outro (*Venire contra factum proprium*), bem como não se beneficiar pelo se beneficiar da própria torpeza (*Nemo auditur turpitudinem allegans*) impedindo eventual dano ambiental naquele imóvel ou mesmo diminuindo a extensão do dano.

Destaca-se que o principal efeito dessas figuras é o de atuar no plano da eficácia do negócio para impedir que a parte que tenha violado deveres legais ou contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal, pois, há vedação no ordenamento jurídico pátrio ao comportamento contraditório das partes com base no princípio da boa-fé, o que enseja a obrigação do órgão julgador de analisar as consequências jurídicas do comportamento impróprio do agente, manifestadas como ilicitudes. Haverá ilicitude quando a contraditoriedade importar numa deslealdade e não houver justa causa para a contraditoriedade. (MARTINS-COSTA, 2015).

Posto isso, vale lembrar que aos contratos de arrendamento há que se analisar as condutas do arrendador e arrendatário para fins de cumprimento da função social do contrato e em eventual descumprimento poder-se-á utilizar das figuras parcelares à boa-fé acima citada para a interpretação da eficácia do negócio jurídico.

Outro ponto que merece destaque na operacionalização da boa-fé na interpretação jurídica, em especial aos contratos agrários, é análise não apenas na confiança despertada pela conduta reiterada (*Venire*), mas no elemento subjetivo da conduta do agente (malícia, torpeza, dolo) quando se estará frente ao brocado *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o qual é recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio como: ninguém poderá se beneficiar da sua própria torpeza (MARTINS-COSTA, 2015).

Na III Jornada de Direito Civil foi até mesmo mencionado aprovado o Enunciado 169 (referente ao art. 422 do CC/2002) onde ficou consagrado que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Vale destacar que em atenção ao princípio do *duty to mitigate the loss* quando ocorre violação ambiental pelo arrendatário surgirá a alocação de riscos, nos termos do art. 421-A-I do Código Civil. Portanto em havendo uma alocação de

riscos entre as partes, entende-se haver aqui uma obrigação das partes em mitigar os próprios danos como derivada do dever de cooperação do Código Civil de 2002. Posto isso, para fins de explicar a tese, dá-se como título de exemplo o caso concreto utilizado pelo Ministro Vasco Della Giustina, relator do Recurso Especial de nº 758.517.

CONCLUSÃO

À luz da boa-fé objetiva e das suas figuras parcelares é possível analisar como a expectativa de conduta das partes nos contratos de arrendamento podem fomentar a sustentabilidade ambiental e econômica nestes negócios jurídicos, diminuindo danos, trazendo melhores retornos econômicos, culminando na concretização da função social destes contratos.

Pode-se ainda identificar a função dos contratos agrários e as expectativas socioeconômicas para este negócio jurídico; traçando a forma como o princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos foram respeitados ou não pelos contratantes.

Isto porque, a despeitos de nos contratos de arrendamento caber ao arrendatário fazer bom usos e cuidar do solo, fauna e flora do local onde explora, há nesses contratos alocação de riscos, devendo o arrendador cumprir com seus deveres de fiscalizar e mitigar eventuais danos ambientais existentes em sua propriedade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Institui o Estatuto da Terra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/. Acesso em: 14 set. 2021.
- _____. Decreto-lei nº 59.566, de 14 de novembro de 1966. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 set. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. 758.518/PR.** Relator Vasco Della Giustina. Terceira Turma. Diário da Justiça.16/06/2010.
- COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- DIAS, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Direito unifacs – debate virtual (139). 2012.
- GRASSI NETO, Roberto. **CONTRATOS AGRÁRIOS: da antiguidade às legislações contemporâneas**. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, nº.130, p. 13-42, janeiro. 2013. Disponível em<<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/issue/view/1313/163>>. Acesso em: 12 de mai. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco.2013.

MATTOS NETO, Antônio José de. **A proteção do meio ambiente na legislação de contratos agrários, sob o olhar ético da ordem constitucional brasileira.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo, vol. 83. ano 21, Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro, 2016.

MARQUESI, Roberto Wagner; e LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **Direito e legislação aplicados ao agronegócio.** Indaiá: UNIASSELVI/Programa de Pós-Graduação EAD, 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e o novo Código Civil.** Revista Direito Federal, Ajufe, n. 74, 2003.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Figuras Parcelares Da Boa-Fé Objetiva e *Venire Contra Factum Proprium*.** THESIS São Paulo, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2º semestre, 2007.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Arrendamento rural avançado.** São Paulo: Atlas, 2019.

SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: contratos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível. 70079698916. APELAÇÃO CÍVEL. MEIO AMBIENTE. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO NATIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O PROPRIETÁRIO E O ARRENDATÁRIO.** Carlos Roberto Lofego Canibal.27/02/2019. Primeira Câmara Cível. Diário da Justiça.18/03/2019.

TRENTINI, Flávia. **Teoria geral do direito agrário contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos.** – 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CAPÍTULO 14

DANOS CONTRA O PATRIMÔNIO HISTÓRICO: A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DO MUSEU DO RIO DE JANEIRO

Yan Wallace Ramos costa

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se debruça sobre os danos ocasionados no Museu Nacional do Rio de Janeiro no dia 02 de setembro de 2018, quando após um incêndio, houve a deterioração da estrutura arquitetônica do palácio de São Cristóvão como também de objetos do período da colonização brasileira, a destruição completa de trabalhos científicos de relevância para o Brasil, no qual eram pesquisados no polo da Universidade do Rio de Janeiro no prédio do Museu Nacional. Bem como o desaparecimento de artefatos, obras de arte, documentos do primeiro reinado assim como espécies de insetos¹ Nesse contexto, o objeto de estudo diz respeito ao instituto da Responsabilidade Civil, especialmente no tocante às formas de reparação de danos dessa magnitude envolvendo o meio ambiente artificial e cultural, conforme será explicado melhor na apresentação do problema de pesquisa.

O Museu Nacional outrora sediou² a Família Real Portuguesa e a Família Imperial Brasileira, também sede da primeira Constituinte no Brasil, locali-

¹ No último domingo 02 de setembro de 2018 perdemos parte de nossa história e identidade. O Museu Nacional do Rio de Janeiro, fundado há exatos 200 anos e hoje vinculado à Universidade Federal do Rio de Janeiro, foi destruído por um incêndio de grandes proporções. O fogo se alastrou sobre o acervo de 20 milhões de peças que incluíam desde fósseis a tesouros mundiais. A instituição servia não apenas como um repositório do patrimônio histórico-cultural, mas como fonte e matriz de educação, ciência e pesquisa. Era o maior acervo da América Latina e o quinto do mundo. Evidentemente, o próprio prédio, o Palácio de São Cristóvão, que chegou a abrigar a família real, também foi vitimado pela tragédia. O dano (material e imaterial) é irreversível e irreparável. Nenhuma medida poderá reverter das cinzas este patrimônio. (ALEM, A tragédia do Museu Nacional e a violação dos direitos culturais no Brasil).

² O nome do local, Quinta da Boa Vista, fazia jus ao cenário que se descontinava ali. À frente da residência, era possível avistar o mar; em uma de suas laterais, o morro do Corcovado e floresta da Tijuca domi-

zada na Quinta da Boa Vista um dos maiores Museus de Ciência Naturais caracterizando sua relevância histórica e científica para o cidadão brasileiro, entender por tanto vão além dos estruturais.

Fiofillo, salienta, (2013, p.465), “um bem seja considerado como patrimônio histórico é necessário a existência de nexo vinculante como a identidade, a ação e a memória de diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

Entretanto para formação dos valores Moraes de um homem em sociedade o mesmo precisa conhecer sua história conhecer seu passado e compreender sua memória através da cultura contida na preservação de suas edificações.

O Museu Nacional o mais antigo do País, também conhecido como palácio de São Cristóvão, com uma edificação que ao longo do tempo transmitem valores e sentimentos através de sua nomenclatura, um *ser inanimado*, concepção em que a morfologia urbana compreende que o monumento transmite desde sua construção sentimento para sociedade na qual convive. Difícil quantifica o prejuízo ambiental, cultural e patrimonial, bem como histórico visto que grande parte do acervo se perderá entre chamas.

Segundo Castro, (1991, p.32). Patrimônio Histórico Arquitetônico promove conhecimento em várias áreas como artes, arquitetura, educação, história, turismo e direito entre outros, portanto passa a ser um bem comum adquirido a toda uma nação e deve ser atrelada aos Direitos Humanos no qual tem o dever e o poder de salvaguardar a cultura a institucionalização hora presente em cada construção.

As chamas que devastaram grotescamente o Museu Nacional do Rio de Janeiro em setembro de 2018, causou danos irreversível, que não só impossibilitou que o monumento voltasse para seu estado corpos de origem como também o dano difuso não somente afeta a sociedade presente, como certamente perde sua magnitude de abrangência, em relação a sua função cultural e social.

Salienta-se que o estudo sobre as formas de reparação desse dano tem conexão com a preservação desse bem e o interesse de manter íntegra uma trajetória de relevância histórica, pois o patrimônio histórico-cultural traduz sentimentos e sensações da realidade e forma de vida daqueles que no passado deles se utilizaram (CHOAY, 1925, p. 25).

Entretanto a destruição da arquitetura bem como de seu acervo cultural ocasiona um dano à coletividade, pois as lesões sofridas pelo patrimônio cultural transmitem valores que representam interesses juridicamente protegidos metaindividualis.

A destruição de bens culturais apaga não somente a cultura ou a estrutura, como também valores construídos ao longo dos tempos por tanto cada

nam a paisagem até os dias de hoje. A casa, que abrigaria os Bragança no Brasil por 81 anos. (Rezzutti, 2015, p.71)

edificação carrega em si não apenas o material de que é composto, mas toda uma gama de significados e vivências ali experimentados.

Para realçar a gravidade dos danos aqui estudados, entende-se que sem memória histórica o País não somente perde sua raiz como destrói de modo ímpio o progresso científico e consequentemente a trajetória de vidas passadas, bem como o modo vida e com ele os costumes que poderia perpetuar para toda geração presente e vindoura (LE GOLF, 1924-2014, p. 387).

2. DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL COMO ESPÉCIE DE DANO AMBIENTAL

A concepção de meio ambiente está contido no artigo 3³ inciso I da Lei 6938/81 de Política Nacional do Meio Ambiente, que incide sobre o conjunto de ordem biológica, física, química no qual rege e compõe a vida em todas as suas dimensões, portanto entende-se como meio ambiente artificial as edificações de interesse social, relevante para o bem estar e existência do homem.

Entretanto a Constituição Federal de 1988, estabelece como princípio fundamental o meio ambiente ecologicamente equilíbrio, pertinente para sociedade, por tanto o patrimônio histórico-cultural está contido no conceito de meio ambiente artificial este princípio contempla um ambiente saudável por entender que trata-se da extensão a vida.

Neste sentido o princípio da dignidade da pessoa humana está contido em nossa carta Magna abrangendo a importância para o bem estar do homem a proteção do meio ambiente, não entendendo este só para sua subsistência mas também na sua inserção e manutenção.

Além das agressões que ultrapassa os limites de tolerabilidade o ocasionados a estética, a bens de valores artísticos, paisagístico e artefatos inimagináveis os Danos de Responsabilidade Civil Ambiental que não engloba somente a questões patrimoniais, como também inseridos na esfera extrapatrimonial por entender que as lesões ao meio ambiente artificial incide em Dano Moral Ambiental que interfere no valor moral do indivíduo, bem como o sentimento e sensação existentes representadas em cada artefato para o cidadão, visto que existira uma comunicação entre a obra de um autor como também a interpretação de quem a apreciara, desta forma o dano incide também no fator psíquico da comunidade.

Interpretado também na esfera do dano moral, que encontra-se na legitimidade no Art.5 incisos V e X⁴ da Constituição Federal, como também no

³ 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;

⁴ 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 segu-

Art. 186⁵, Art. 187⁶ e 927⁷ do Código Civil, infere a respeito das praticadas ao bem de valor de interesse a vida, que acarrete danos ou lesões ao seu bem estar ético e moral, a sua qualidade de vida que que não entenda-se de natureza patrimonial vincula-se a concepção de dano estritamente morais são considerados como danos extrapatrimonial.

Como alude, Netto, Farias e Rosenvald (2018, p. 1014).

Adota-se, portanto, entre nós um conceito amplo de meio ambiente, que não se restringe aos aspectos puramente naturais (como vida em todas suas formas), vai-se além, compreendendo não os elementos básicos, como também os elementos abióticos (água, ar, solo etc.). Abarca igualmente as dimensões culturais e mesmo aquelas artificiais. A doutrina brasileira segui os passos de GIANINI, que teve estudos percutentes sobre o tema. Neste contexto, não são apenas beleza naturais (cachoeira, rios, matas etc.) que traem a proteção do direito ambiental, mas também o patrimônio histórico, turístico arquitetônico, paisagístico, por exemplo. O meio ambiente é um termo generoso e amplo o baste para incorporar beleza variadas, nem toda natureza, mas também artificiais e culturais.

No entanto os danos morais ao patrimônio histórico-cultural são de magnitude de direito difuso, por compreender que não atinge somente determinada geração, podendo seu dano ser perpetuado pelo tempo, interferir inclusive em gerações vindouras.

Os Danos Moraes Ambientais muitas vezes as lesões pelo ato ilícito praticados ao meio ambiente não podem voltar ao seu estado corpos de origem, no tocante em tela neste artigo, os Danos Moraes extrapatrimoniais ocorridos no Museu Nacional são entendidos além dos danos estruturais mas a compreensão da perda arquitetônica, acervo e obra ensejando em dano de natureza ambiental, caracterizando portanto os atos ilícitos para proteção e manutenção deste patrimônio histórico cultural em Dano de Responsabilidade Civil Ambiental.

rança 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;

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶ 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.

⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, 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.

Para Netto, Farias e Rosenvald (2018, p. 1012). A Responsabilidade Civil é objetiva, os danos ambientais não precisa se mostrar como concretos nem atuais no presente momento, essa exigência esgotaria todo real sentido da proteção ambiental.

Por tanto os danos causados a bens turísticos, paisagístico como o corredor no museu Nacional do Rio de Janeiro continha todas essas concepções de bens histórico cultural que entende-se como de Responsabilidade Objetiva, pois o meio ambiente é fundamental para humanidade e como tal deve ser preservado.

3. CONCEITO DE DANO MORAL COLETIVO

A partir da análise de estudo dano moral coletivo no âmbito legislativo envolve a violação ao direito transindividuais, Moraes, coletivo, contidos em sociedade sua violação por ilicitude passa metafisicamente a individualidade de uma pessoa.

Porém faz-se necessário a amplitude do conceito para compreensão, visto que trata-se de lesão de Direito Coletivo, dentro deste quadro conceitual entende-se a concepção da solidariedade social, contido no princípio da Constituição Federal inerente ao Art.3º inciso III⁸ e no artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, no qual ratifica que os atos praticados que atentem contra a coletividade fere não só valores sociais como princípios constitucionais.

Doravante a relação de bens jurídicos ambientais reconhece os Danos Moraes coletivo na jurisprudência que deseja delimitar os seus pressupostos restritivo a figura do direito difuso que concentra-se em compreender a lesão em várias áreas, com a finalidade de melhor entendimento difuso de valores.

Como vimos anteriormente os direitos persíssimo da vítima deve-se respeitar e compreender as regras do Direito Civil, em um entendimento no qual a transindividualidade concebe a natureza da reparação do dano ambiental, moral e coletivo.

Por outro lado o interesse difuso quando protegido pelo ordenamento jurídico há uma finalidade objetiva que trata-se do pleno desenvolvimento da personalidade dos fato que apenas se concebe em uma seara com dimensões coletiva, visto que não se pode individualizar nem tão pouco fracionar em pedaços ou em sujeito individual.

Salienta-se ainda que o dano moral coletivo de Responsabilidade tanto objetiva quanto subjetiva, desenvolve e estimula a figura do dano interpessoal que entende a coletividade para fins de reparação do dano coletivo, visto que a

⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

jurisprudência compreende a seara em um viés que utiliza o dano evento bem como o dano consequência jurídica ou dano-prejuízo.

Entretanto a lesão dano evento é resultado da lesão da figura da pessoa social, bem como a terceiro, e ocorre lesão a algum bem que seja dano imediato, visto que o dano-prejuízo ressalta que sua interpretação pode ser de cunho patrimonial ou não patrimonial, por entender o indivíduo social tendo como base a sociedade como todo, com consequência de lesão entendendo-se como dano mediático.

Compreende-se que o dano prejuízo ocorre a lesão entre os dois conceitos entretanto é de fundamental importância que se utilize dos dois elementos para dicotomia dos fatos, visto que se utilizados separadamente não contribuirá com reparação do dano moral coletivo, portanto é essencial compreender que não se pode mensura, assim sendo em nem um momento deve-se descarta um em detrimento do outro, usados isoladamente não ativa o mecanismo de reparação.

4. FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL NO CASO ‘MUSEU NACIONAL DO RIO DE JANEIRO’: TUTELA ESPECÍFICA X REPARAÇÃO POR EQUIVALENTE OU PECÚNIA

Portanto analisado no presente artigo, os danos causados por atos ilícitos pela má preservação do patrimônio histórico-cultural, que se ensejou pela destruição do Museu Nacional do Rio de Janeiro, corrompendo seu acervo cultura ártico, paisagístico e histórico.

A pedra basilar da Responsabilidade Civil Ambiental e a reparação do dano causado ao meio ambiente, em um viés de reparação do estado corpus de origem ou impe cunha com base no artigo 947⁹ do Código Civil, que compreende-se que ofensor deve reparar os danos causados com restauração do objeto ao seu estado natural ou substituir pelos valores monetários pelo dano causado. Com base no artigo 3º da Lei n. 7.347/85¹⁰ dá a Ação Civil Pública, ofensor será obrigado em moeda corrente ao cumprimento do dever de reparar os danos causados, ao meio ambiente.

Doravante o dano moral extrapatrimonial que trata dos desastres do meio ambiente artificial, no presente estudo constata que esses desastres ocasionam lesões a valores transindividuais entendo, portanto, a importância das obras culturais, artísticas para toda a sociedade.

⁹ Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

¹⁰ Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Entretanto o Museu do Rio de Janeiro com fatídico incêndio, teve a destruição do seu acervo científico, turístico, bem como arquitetônico e cultural, com mais de 20 milhões de obras destruídas e danificadas pelas chamas que corromperam os valores contidos em cada obra cultural do Museu, em uma seara muito além dos danos patrimoniais.

Portanto os danos ambientais ocasionados no antigo Palácio de São Cristóvão, atual Museu Nacional de ser interpretado os seus danos, entendendo que muitos de seus acervos não poderá voltar ao seu estado de origem, ensejando, portanto, em uma reparação compensatória correspondente aos valores em cada obra continha para sociedade, com base na Lei 6938/81 de Política Nacional do Meio Ambiente em seu artigo 14 parágrafo § 1º¹¹, e com base no artigo 927 do Código Civil, os atos ilícitos que acarretarem danos devem ser reparados.

A Responsabilidade Civil no tocante caso se constata pela tolerabilidade mínima ao desastre ao meio ambiente artificial ocorrido entendendo que seus danos são de natureza difusa, ocasionando danos não só a presente geração mais as gerações vindouras que perpetua-se no tempo, devendo ser reparado nos valores correspondente a magnitude da lesão a valores transindividuais.

Portanto, os bens culturais, lesionados compreendendo quanto um direito difuso devendo a sua reparação e assegura o direito dos cidadãos lesados a garantia fundamental, a dignidade da pessoa humana a valores fundamentais como acesso a cultura com base no artigo 216 da CF/88, igualmente o direito de 3ª dimensão, não podendo suas lesões de serem reparados.

Entretanto, não se pode qualificar os danos extrapatrimoniais, ocasionados no Museu do Rio de Janeiro, mas se entende que todo o valor histórico, artístico, arquitetônico, bem como todos os sentimentos inerentes do patrimônio histórico arquitetônico contidos no referido monumento, ora destruído pelo desastre ambiental deve ser valorado tendo como base todos os aspectos de relevância para comunidade local, nacional e internacional.

Ensejando então no caso em tela, o bem destruído no acervo do Museu, bem como sua arquitetura, deve ser com base na Responsabilidade Civil Ambiental, restituído ao seu estado de origem, mas não podendo deixar de salientar, que também os bens que não poderem volta ao status corporis de

¹¹ Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 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.

origem, devendo a sua compensação em valores, analisando a sua relevância não só estrutural, mas os sentimentos contidos em seus bens relevantes para a sociedade.

Com tudo, os valores referentes a indenização, pela Responsabilidade pelos atos ilícitos, ocorridos no meio ambiente artificial, devem ir para um fundo de proteção ao patrimônio histórico arquitetônico, com base no artigo 13 e parágrafo § 1º¹² da Lei nº 7.347/85 de ação Civil Pública.

Entendendo por tanto, que a reparação destas lesões ao meio ambiente, pela ótica da Responsabilidade Civil, não só garante, a responsabilização do ofensor, mais a proteção e garantia do patrimônio histórico, arquitetônico para todas as gerações presentes e vindouras em um viés de relevância dos bens turísticos, históricos, paisagísticos e culturais.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto percebe-se que apesar de existir leis que regulamentam a proteção do patrimônio histórico cultural, ao contrário do que se propõe a nomenclatura existente, a esta perspectiva ainda é distante da realidade visto que o crime ambiental infelizmente está cada dia mais presente da realidade social, fato que se torna um problema grave e sério.

No entanto a realidade do compromisso com o bem natural é coerente e necessário pois entende-se que o patrimônio histórico cultural é importante para formação da identidade do ser humano bem como contribui para construção do meio social, por causa disso entende-se que a proteção é o único meio pelo qual a humanidade faz o translado entre a cultura histórica e memória coletiva de épocas passadas que estabelece conectores direto com a realidade da história arquitetônica da atualidade.

Todavia a não preservação ao patrimônio cultural da humanidade deu início ao questionamento da pesquisa, visto que certamente o fogo que o destruiu colaborou para que a memória de bens culturais como a identidade constituída ao longo dos anos com a trajetória histórica do Museu e suas obras de arte bem como sua edificação arquitetônica destruídas com o desastre.

Acresce que o desastre deu início a uma seara interpretativa em conceito trasindividual em um viés de natureza ao Dano Coletivo Moral que entende que a cultura deve ser protegida bem como preservada de acordo com o

¹² Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, por entender que acesso à cultura deve protegido para o bem da humanidade.

Com a finalidade de salvaguardar artefatos históricos, artes e culturas de várias etnias com objetos singulares que transmitia o sentido e sentimento de vidas

Representativa para sua comunidade de algum modo. De acordo com o que foi dito o Museu, deveria transcender as barreiras do tempo no desenvolvimento de suas funções, bem como cuidar dos interesses sociais, de modo que sua existência seja de fato pertinente com finalidade preservativa a que se propos.

Visto que sua representatividade histórica, atuaria para manter integra a trajetória de vida de povos do passado, presente e vindouro pois este deveria ser o objetivo. No entanto denota efeito contrário dando início a Ação Civil Pública como espécie de Dano Ambiental, caracterizando-se como Direito Difuso e coletivo por entender o caráter do dano de interesse comum e valores coletivo.

Posteriormente compreender a importância da agressão como um eixo preservacionista não somente de bens culturais e arquitetônicos como também um elo de ligação entre a cultura material, espiritual que traduz sentimentos mensuráveis em uma órbita coletiva. A inquietação em questão sem dúvida uma tarefa complexa pois tratar-se de Crime social, cultural com Danos Ambientais Coletivos e Difusos por entender a complexidade dos fatos.

Mediante o exposto o caso incide e decorre a falta de compromisso do poder público bem como seus representantes a preservação cultural, arquitetônica e histórica no qual traduz a identidade da nação bem como sua memória, tão importante para humanidade, visto que atualidade se encontra fragmentada e/ou desrespeitada o que torna a pesquisa ainda mais profunda efetivamente em busca de solução para fatores como este não ocorra.

Por fim entende-se que trata-se de uma tarefa árdua compreender que a arquitetura histórica cultural compõe uma gama de interesses e valores no qual afirma o descaso com patrimônio arquitetônico e cultural, visto que frequentemente se tem notícias que algum monumento histórico e arquitetônico foi destruído seja por ocasião do tempo ou por omissão do poder público.

Por causa disso conclui-se que a inquietação em manter a preservação do bem sócio histórico arquitetônico é sem dúvida do ponto de vista científico o meio fundamental para questionar e buscar solução para manter viva a experiência social e subjetiva do indivíduo pois argumenta-se que a história arquitetônica da humanidade principalmente o material ou imaterial sofre com perda imensurável o que significa dizer que a arquitetura cultural não somente sofre pelo com rompimento da cultura mantida por sua arquitetura como também com o descaso atribuído, fato que infelizmente parece ser um ato comum ou até mesmo banalizado, visto que o ato infrator perpetua-se em todo mundo não somente no brasil.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Dano moral coletivo**. In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 59, jul./set. 2006.
- BENJAMIN, A. H. V. **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 48-82, abr/jun 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- Gonçalves, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 8. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**, 6. Ed; São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CURY, Isabelle (org.). **Cartas Patrimoniais**. 3^a edição rev. E ampl.. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004.
- Choay, Françoise. **A alegoria do patrimônio**, tradução de Luciano Vieira Machado. 4. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FUNARI, P. P. A. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.,2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. V. IV.
- Le Goffm Jacques. **História e Memória** / Jacque Le Goff; tradução Bernardo Leitão 7. Ed., Revista campinas SP: editora da Unicamp, 2013.
- MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012. PINTO, V. C. A ordem urbanística. Fórum de direito urbano e ambiental, Belo Horizonte, a. 1, n. 3, p. 235-243, mai/jun. 2002.
- PINTO, V. C. **A ordem urbanística**. Fórum de direito urbano e ambiental, Belo Horizonte, a. 1, n. 3, p. 235-243, mai/jun. 2002.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPÍTULO 15

A CONVERGÊNCIA ATUAL DAS TRADIÇÕES OPOSTAS DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ROMANO

Juliana Vasconcelos de Castro

INTRODUÇÃO

Roma estabeleceu sua hegemonia, ao estender seus tentáculos em territórios em torno do Mediterrâneo, na África, na Ásia, na Europa e inclusive sobre o território que atualmente forma a Inglaterra, onde também impôs o seu Direito.

Assim, desde a República, o magistrado romano - o *praetor* - possuía forte participação na formação do Direito, uma vez que as fontes legislativas eram deficitárias e escassas. Então, ele reunia o resultado da sua atividade em editos que passavam a revelar o Direito vigente, através de regras conectadas aos casos concretos, assim como acontecem com os precedentes contemporâneos.

Essas informações modificam a ideia de que o *Common Law* se afastou do Direito Romano e de que a Europa Continental passou a se conectar com um Direito legislado por meio de conceitos jurídicos abstratos. Por essas razões, torna-se necessária uma abordagem histórica, para expor que, apesar da origem comum, cada tradição jurídica, durante sua evolução, absorveu peculiaridades dentro de suas conjecturas sociais, políticas e filosóficas.

A Europa Continental abalou as colunas da antiga tradição do Direito Europeu da Idade Média, ou seja, os restos da organização administrativa do Império Romano Ocidental e da Igreja, através de uma onda de renovação política (Estados Modernos fortes), jurídica (Direitos Nacionais), social (interesses seculares) e filosófica (iluminismo). Assim, o Continente substituiu seu antigo Direito por um Corpo Jurídico centralizador, racional, excludente e repleto de conceitos logicamente relacionados.

Por outro lado, a Inglaterra, sob um cenário histórico diferente, não experenciou as consequências das mudanças ocorridas na parte continental,

conservando-se em um desenvolvimento linear do pensamento jurídico. Na Britannia, o Direito manteve-se, de forma predominante, nas mãos dos juristas, construído com base no caso concreto, e aplicado com metodologias aparentemente incertas e advindas dos costumes.

Em uma diferenciação básica entre as duas tradições, pode-se afirmar que existe o Direito científico e o Direito prático. Portanto, formaram-se o *Common Law* fundamentado no Direito da jurisprudência e a Tradição Romano-Canônica, provando os prós e os contras de um Direito legislado, aplicado através de um método científico.

A origem comum e as convergências recentes parecem apontar que a velha contraposição entre *Civil Law* e *Common Law* cedeu espaço à ideia de que ambos os sistemas formam, conjuntamente, uma grandiosa tradição jurídica do Ocidente.

Assim, há aproximações e distanciamentos entre as tradições que necessitam de uma rastreabilidade, através de um estudo histórico, para a melhor compreensão dos instrumentos jurídicos existentes entre elas.

1. OS FUNDAMENTOS DO *COMMON LAW* NO DIREITO DE ROMA

1.1. As Bases Fundamentais do Direito Processual em Roma

O período clássico romano (de 130 a.C. a 230 d.C.) corresponde ao tempo de maior poder político, demonstrando-se, dessa forma, como o ápice da história do Direito Romano. Era importante que essa evolução política seguisse a jurídica, para a consolidação das conquistas territoriais. Nesse período, as criações do Direito originaram-se da atividade dos pretores, que, embora não pudessem revogar as legislações do Direito Antigo, por exemplo, a Leis das XII Tábuas, terminaram por contribuir com alterações fundamentais, evoluindo o Direito.

A considerável função criativa do pretor acrescentava novos direitos baseados em sua discricionariedade e com inspiração na equidade. O surgimento da *praetura* ocorreu pela ausência dos cônsules dedicados às campanhas militares. A sua missão consistia na administração da Justiça nas questões civis e, para alcançá-la, o pretor possuía três funções principais: interpretação, integração e correção. Ele não atuava de forma arbitrária, e a sua função era fiscalizada pela crítica dos jurisprudentes.

Ao exercitar suas atividades jurisdicionais, os pretores tinham muito poder discricionário, e estavam hierarquicamente aquém somente dos cônsules. Por isso, em alguns casos, quando os pretores analisavam os argumentos dos litigantes para as decisões do *iudex*, estavam autorizados a instruir a forma

como ele deveria apreciar algumas situações jurídicas. Tudo isso acontecia em documentos denominados de fórmula que poderiam inaugurar situações não previstas no *ius civile*, o Direito das legislações antigas.

O pretor atuava na primeira etapa do processo, ao verificar os argumentos dos litigantes e determinar os limites da lide, transferindo, após, a questão para um juiz privado. Cabia, dessa maneira, a esse juiz a verificação da procedência ou não das informações quando da apresentação das provas, e decidir segundo elas. Assim, o processo *per formulas* originou-se na República de Roma, e passou a ser usado a partir do século III a.C., com a criação do *praetor peregrinus* em 242 a.C.

É verdade que a função do pretor, na criação do Direito e na instituição de precedentes, consolidou-se. Ao decidir a demanda, o pretor ficava autorizado a aplicar também os Princípios de Direito, não estando determinado a vincular-se completamente ao Direito escrito, constituindo, dessa forma, ele, o Direito.

1.2. A Evolução do Direito de Roma na Britannia

A Inglaterra - Britannia - também pertenceu ao território do Império Romano, desde o século I a.C. até o século V d.C., e, assim, aplicava o Direito Romano - o processo *per formulas* - adaptado às suas peculiaridades locais, com um pouco de afastamento da matriz original da Península Itálica.

Opostamente à porção continental do Império Romano, a Britannia não alcançou o Direito Romano pós-clássico ou o justiniano-cristão. Ou seja, quando a Inglaterra ainda aplicava o processo formulário romano, separou-se de Roma, não chegando a conhecer a mudança para as *cognitiones*.

Então, o desenvolvimento da tradição jurídica inglesa começou a partir do Direito Romano Clássico, ao aplicar o processo *per formulas*, sem herdar nenhuma das características ulteriores do Direito Pós-Clássico e em Justiniano. Isso significa que as *cognitiones* começaram a ser aplicadas na parte continental, por volta de 27 a.C., consolidando-se em 342 d.C., quando o processo *per formulas* veio a ser extinto. A Inglaterra deixou de pertencer ao Império Romano no século V quando ainda utilizava o processo formulário e não alcançou as *cognitiones*.

Observa-se, portanto, que o Direito da Inglaterra nasceu no *case law* do processo *per formulas* e no incremento dos poderes dos magistrados, pessoas importantes do reino. Assim, originou-se o Direito Inglês, sem sofrer as consequências da centralização do dominato - fase do Direito Romano Pós-Clássico - as quais conduziram à centralização jurídica na figura onipotente do imperador, em substituição aos pretores.

Por volta do século VI d.C., povos germânicos - anglos, saxões e jutos - invadiram a Inglaterra, consolidando seus reinos e originando a cultura anglo-saxônica. Na sequência, o território foi dividido, e leis bárbaras em língua

germânica foram elaboradas sob a forma de *codex*. Por outro lado, os povos germânicos que invadiram a Europa Continental, depois da queda da porção imperial do ocidente - ostros, lombargos, visigodos, frances - já eram habituados à cultura romana, uma vez que sempre ocuparam as zonas fronteiriças, participando até da administração territorial. Assim, como consequência natural, muitas instituições romanas se preservaram depois da invasão dessas tribos, porque não lhes eram completamente estranhas. Por isso, por bastante tempo, muitos elementos da matriz romana se mantiveram. Na Inglaterra, os povos invasores - anglos, saxões e jutos - originários do norte da Alemanha, da Holanda e da Dinamarca, territórios que nunca integraram o Império Romano, desconheciam as tradições romanas. Consequentemente, as instituições inglesas influenciaram-se mais fortemente pela cultura germânica dessas tribos que pela herança romana e muito menos pelos traços celtas, os habitantes originários do território inglês.

Dessa forma, o Direito Romano - processo *per formulas* - passou a ser, gradualmente, substituído por novos costumes, e o Direito Romano Clássico, através do processo formulário, deixou heranças sobre as quais se desenvolveu o processo civil inglês.

2. A CONSOLIDAÇÃO DA TRADIÇÃO OPOSTA NO CONTINENTE EUROPEU

2.1. O Direito de Bologna

Os séculos que se seguiram à queda do Império Romano acarretaram a vulgarização do Direito e a supressão das ciências. Enquanto isso, a Igreja Católica guardou a escrita e o estudo das artes, representando, assim, a instituição mais importante da época.

Desde o século IX, e principalmente com a Reforma Gregoriana do século XI, todas as escolas eram eclesiásticas, monásticas ou episcopais, e dirigidas por bispos ou por abades. O objeto dos estudos centrava-se no conhecimento das verdades da fé. Nessa dimensão, a teologia permeava o método de pensamento crítico no ensino das universidades da Idade Média, movimento denominado de Escolástica.

Desde Constantino, a Igreja Católica havia incorporado muitas tarefas públicas, sociais e morais, de forma que a cristandade consolidou o conceito de Direito, tendo os clérigos substituído eficazmente a administração, a cultura e a jurisdição das autoridades seculares. No norte da Itália, o comércio voltava a surgir, e a sociedade clamava por soluções práticas de um Direito que regulamentasse as relações sociais, pois as diretrizes do Cristianismo mostravam-se insuficientes.

O sepultamento do Direito Romano gerou séculos de incertezas, até que, no século XI, iniciou-se um movimento cultural à procura das camadas mais profundas da cultura antiga. Como, naquela época, o conhecimento disponível era aquele oferecido pela Igreja Católica, nasceu a necessidade de se criar uma instituição capaz de oferecer independência de pensamento. Assim, surgiu, patrocinada pelas famílias da região - a Escola de Bologna - para estudar o *Corpus Iuris* e sem a vinculação à Igreja Católica. Foram os documentos preservados pela Igreja Católica os quais recompuseram o procedimento civil romano, ressuscitando a Ciência Jurídica Romana. Dessa forma, o Direito Romano ressurgia com superioridade sobre todas as leis concorrentes.

O redescobrimento do Direito Romano refere-se, portanto, ao estudo do *Corpus Iuris* de Justiniano. Destarte, começava o *ius commune* classico na Europa Continental e, consequentemente, a história do Direito Privado Moderno, na fase que se estende desde a redescoberta do Direito Romano (século XII) até a formação dos Estados Absolutos (século XV).

3. OS MOVIMENTOS DE RECIPROCIDADE ENTRE AS TRADIÇÕES CONTRÁRIAS

3.1. A Soberania das Cortes e o Poder do Precedente

Sabe-se que a Inglaterra teve sua estrutura jurídica fundamentada no processo *per formulas*, do Direito Clássico de Roma, ou seja, o modelo em vigor ao tempo da ocupação dos romanos na Britannia (do século I a.C. ao século V d.C.), quando era uma província imperial romana.

Apesar das influências bárbaras com as invasões posteriores, a inspiração do Direito Romano sobre o destino do Judiciário mostrou-se marcante. Na fase entre a invasão bárbara do século V e a morte do último rei saxão e invasão dos normandos, em 1066, a história da Inglaterra mostrou-se bem conturbada, com muitas invasões, territórios divididos, disputas e afirmações de reinos, sendo caracterizada também por uma complexa estrutura administrativa. Desde esse período, opostamente à Europa Continental, a Inglaterra não se separou do seu passado jurídico.

Apesar do período conturbado, manteve-se em uma trajetória quase retílinea de evolução do Direito. Além disso, permaneceu imune aos efeitos das transformações social, política e filosófica que aconteceram a partir do século XV, motivo por que manteve a sua tradição jurídica, fato oposto no Continente Europeu.

Diferentemente da Europa Continental, a Inglaterra não necessitou usar o Direito como mecanismo de unificação territorial. Como forma de superar gradualmente o Direito fragmentado em costumes locais, o forte regime normando

criou uma estrutura unitária liderada por um efetivo poder centralizado. O centralismo resultante ocorreu na área política e se estendeu ao campo jurídico através da criação de cortes com a função de delinear o Direito.

A existência de um poder centralizado e estável tornava desnecessário recorrer ao Direito Romano Pós-Clássico, para se instituir um poder absoluto para unificar o Direito. Além disso, uma vez que o feudalismo inglês nunca teve grande força, e, consequentemente, nunca se mostrou como ameaça à unidade do território, inexistiu a causa política vivenciada na Europa Continental a qual orientava para a criação do Direito privativamente pelo soberano. Toda-via, foi a edição da Magna Carta em 1215, pelo rei John, que contribuiu para que a Inglaterra se tornasse imunizada às contingências políticas e sociais que se seguiram ao longo dos séculos.

Ao passo que a Europa Continental marchava contra o absolutismo e desejava criar um Direito novo e racional, sem vínculos com os interesses da nobreza, capaz de garantir segurança jurídica aos particulares, a Inglaterra caminhava inversamente. Ou seja, buscava, em pleno séculos XVII e XVIII, enaltecer o seu passado, sem aplicar um Direito novo, e, sim, reavivar o Direito velho, estabelecido no século XIII e que deveria voltar a ser obedecido pelo rei. A Magna Carta, então, serviu de âncora para que os juristas voltassem seu olhar para o passado, no lugar de se aventurarem nas incertezas do futuro.

Portanto, o Direito do passado não era visto com desprezo e nem era considerado pilar de privilégios da nobreza. Pelo contrário, o Direito de antes era visto como uma proteção da sociedade civil.

Materialmente, o Direito Inglês, desde a invasão dos normandos, sofreu baixa produção legislativa, fato que se explica pela aproximação do rei com as cortes, conduzindo-o a passar orientações verbais ou através de cartas, sem a necessidade de produção de leis escritas. Também o Direito em vigor era aquele decorrente do costume e daquilo que determinavam as cortes, compostas por magistrados admirados pelo povo.

Outra questão importante foi a existência do Direito Natural Inglês que ficou vinculado à tradição, e, sob a influência desse antigo Direito, concebido como direito de resistência, que não se formou na Britannia aquela imagem continental do Estado absoluto e da Revolução Francesa. Assim, a equidade, na jurisprudência, originariamente, eclesiástica, dos tribunais reais tinha entregado uma realização às exigências éticas do Direito Natural da Idade Média que às do Direito Comum da Europa Continental.

Então, a força conservadora do primeiro Direito Natural predominou mais forte na tradição da Inglaterra que o racionalismo secularizado do jus-racionalismo. A verdadeira pátria do iluminismo – a Inglaterra - não sofreu impacto dessa ideia sobre a sua organização jurídica tradicional.

O Common Law seria aquele formado pelos costumes, sejam os gerais do reino ou aqueles particulares de determinada região, complementados pelo agrupamento de decisões judiciais. Consequentemente, a decisão do magistrado não estaria criando Direito, porém, somente declarando aquele direito consolidado pelos costumes, passível de alteração somente por ato parlamentar.

Ainda nos dias de hoje, o congresso elabora normas com conceitos jurídicos indeterminados, como uma opção de deixar uma parcela dos problemas para ser resolvida pelo Judiciário, no tradicional processo criativo do *common law*, o que se subentende que nem todas as situações fáticas da vida conseguem ser imaginadas com previsão e solucionadas pelo legislador.

3.2. A Confluência Contemporânea das Tradições Contrárias

Embora o *Common Law* caracterize-se pela predominância de um Direito baseado na jurisprudência, diferentemente da tradição romano-canônica onde predomina o Direito legislado, o que se observa, nos últimos tempos, é um crescimento do uso da legislação como fonte formal do Direito nos Países de *Common Law*, bem como o aumento da autoridade da jurisprudência nos Países de *Civil Law*.

A atividade dos pretores a qual originou o *Common Law* vem sendo valorizada e se mostrado necessária para a tradição romano-canônica, ao passo que a centralização nascida no Império Romano passou a ser prestigiada no *Common Law*.

Embora o Parlamento Inglês tenha-se apresentado como o poder soberano, com autorização para mudar alguma disciplina do *Common Law*, não tinha o hábito de usar essa prorrogaativa, atuando somente para correção de questões jurídicas pontuais. E, assim, interpretavam essa intervenção parlamentar de modo restritivo, de forma que os aspectos mais importantes do Direito residiam no *Common Law*, e, não, nos *statutes*. Por sua vez e sem um contrasenso, o *common law* (as cortes) também pode anular um ato legislativo elaborado pelo parlamento, nos casos de um lei ser injusta, ilógica ou impossível de ser cumprida.

O Direito legislado emergiu para consolidar mais rapidamente o *welfare state*. Consequentemente, os *statutes* passaram a atuar como fonte jurídica primária, apesar das cortes ainda criarem o Direito. Assim, tanto precedente quanto *statutes*, passaram a servir de ponto de partida para a argumentação jurídica. No século XIX, a legislação consolidou-se entre as fontes do Direito, ao seguir uma série de atos elaborados pelo parlamento, com vistas a regulamentar várias matérias. A partir de 1945, a importância da lei ganhou evidência quando o primeiro governo dos trabalhadores assumiu o poder na Inglaterra (de *Clement Attlee*), e, assim, o País teve de receber a reforma do seu Direito Trabalhista e Social, através do trabalho parlamentar, ou seja, mediante os *statutes*.

Na inspiração do *welfare state*, a legislação reforçou seu papel para atualizar o Direito às novas necessidades sociais, enquanto a jurisprudência perdeu a sua pureza para tornar-se uma interpretação explicativa das leis. Ademais, a criação da Suprema Corte do Reino Unido, assumindo as atividades da *House of Lords*, expressou um Judiciário moderno e adaptado às convenções internacionais.

O Direito do Continente Europeu, por sua vez, perdeu aquela feição da tradição romano-canônica estagnada no paradigma da Revolução Francesa. A função do magistrado como apenas boca de lei se transformou em uma ideia ultrapassada, já que ele passou a interpretá-la também. Além disso, a força do constitucionalismo e a atuação do juiz pela concretização de normas abertas fez nascer um modelo de magistrado oposto àquele inspirado pela revolução. Assim, a jurisprudência firmou-se como uma fonte jurídica formal cada vez mais, embora se conceda força à jurisprudência constante - *jurisprudence constante* - no lugar de precedente.

Então, com vivências políticas completamente diferentes, a Inglaterra conseguiu manter o trono real limitado pelo poder do parlamento e do precedente judicial, contrariamente à Europa Continental que destronou o rei e centralizou o poder no Legislativo, por desconfiança da classe dos juízes. Isso conduziu ao desenvolvimento de duas tradições opostas, porém, nascidas da mesma base do Direito Romano Clássico. Provavelmente pela origem comum, passaram a buscar reciprocamente soluções para suas dificuldades particulares, já que nenhum sistema se completou inteiramente em si mesmo. Ou seja, a tradição jurídica ocidental trouxe o novo contexto de circulação de modelos, onde a tradição romano-canônica e o *common law* procuram um no outro resoluções técnicas, a fim de resolver problemas que são inerentes às particularidades da evolução histórico-jurídica.

Portanto, a antiga oposição entre *Common Law* e a tradição romano-canônica cedeu lugar, recentemente, à noção de que essas tradições revelam dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica do Ocidente. Dessa forma, a contraposição tradicional não mais se sustenta. Por fim, no *Civil Law*, a força persuasiva dos precedentes tem-se tornado fato consumado, e existem manifestações de atribuição de força vinculante aos precedentes, de maneira que a jurisprudência a tem alçado ao patamar de fonte formal de Direito. Somado a isso, a nova forma de legislar, com a elaboração de regras com cláusulas gerais, com conceitos jurídicos indeterminados e sobretudo o estabelecer de uma nova figura normativa - a dos princípios - com força normativa, resultou em um intérprete com a função de construir, no caso concreto, a regra jurídica a ser aplicada.

CONCLUSÕES

Apesar do distanciamento entre o Direito da Europa Continental e o da Britannia, um movimento de aproximação recíproca tem-se acentuado nos últimos

anos. Certamente, a origem comum no Direito Romano Clássico cujas fontes jurídicas se assemelham àquelas das duas tradições quando consideradas conjuntamente seja a chave propulsora para a união das duas tradições. Isto é, o que, na verdade, considerava-se como sistemas antagônicos, o que se verifica é que são mutuamente complementares.

REFERÊNCIAS

- ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: a Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. In: *Louisiana Law Review*, n. 65, 2005.
- BIONDI, Biondo. *Il Diritto Romano Cristiano*. Milano: Giuffrè, 1952.
- BONFANTE, Pietro. *Storia del Diritto Romano*. Giuffré, 1958.
- CRUZ, Sebastião Silva. *Direito Romano*. Coimbra: Dislivro, 1986.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 209.
- LYON, Bruce. *A Constitutional and Legal History of Medieval England*. New York: Harper & Brothers, 1960.
- MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Curso de Direito Romano*. Volume I. Parede: Principia, 2010.
- PUGLIESE, Giovani. *Il Processo Civile Romano. Il Processo Formulare*. v. 2. t.I. Milano: Giuffrè, 1963.
- VENTURA, Raúl Jorge Rodrigues. *Manual de Direito Romano*. Volume I. Coimbra: 1963.
- WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

CAPÍTULO 16

O (DES)AMOR: A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Maynara Cida Melo Diniz

1. INTRODUÇÃO

Visando os laços de relacionamento entre os componentes e na constituição familiar como base para um bom convívio, que a partir das primeiras fases de vida do indivíduo, este já conhece acerca da afetividade e suas consequências no seu grupo familiar.

Sendo o afeto um elemento inspirador, buscando a união entre os membros, estabilidade nas relações afetivas, visto como uma forma de diminuir a hierarquia familiar existente e um dos princípios basilares do direito de família, que como se sabe, baseia as relações através da formação pelo vínculo – ou a falta deste.

É através do afeto, que haverá uma união e este se encontra ligado intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, devido a possibilidade de se estabelecer características diferenciadas nas relações hierárquicas familiares. Para Gagliano e Pamplona Filho, 2012, afirmam em sua obra “todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”, ou seja, este além de ser um princípio norteador para o direito de família, é também aquele que definirá as relações familiares existentes e em detrimento a este, é que há evolução familiar no contexto social e a modificação do papel de cada figura quando inseridas nestes.

Por conta dessa evolução da sociedade e assim, consequentemente, da família, é que o Estado além de reconhecer as novas modalidades, entende também que deve passar a tutelar sobre os novos conflitos que são consequentes dessas novas relações.

Assim, a responsabilidade sobre o menor, inicialmente é de seus genitores, pois cabe a estes zelar, proteger, cuidar e ajudar o indivíduo a progredir, até que este consiga prover seu meio de sustento.

Quando os responsáveis legais não conseguem gerar o vínculo afetivo, mesmo o afeto não sendo uma obrigação explícita aos pais, caracteriza-se pelo abandono afetivo do menor, o que gera não somente um desamor, mas uma ausência em várias outras áreas da vida deste.

Neste sentido, os demais deveres que são inerentes aos responsáveis para prover a este menor, acabam sendo diretamente atingidos e causam consequências, consideradas em pirâmides, fazendo com que tais reflexos sejam vislumbrados durante o decorrer da vida humana, podendo inclusive, serem agravados, caso não haja tratamento psicológico para este.

Uma das benesses que aborda o direito de família, é o fato modificativo que cada hipótese pode trazer, assim, quando tratamos dos tipos de vínculo que se é construído entre os integrantes de uma família, estes se tornam ainda mais importantes do que quaisquer outras desavenças que podem vir ocorrer neste grupo.

Pois, caso um vínculo que é construído e fortalecido entre o menor e algum parente ou responsável seu, venha a se enfraquecer, estes podem vir a prejudicar aqueles que são considerados os mais frágeis nessa relação, fazendo com que caso haja conveniência na convivência dos filhos seja com o pai ou mãe ou qualquer outro parente, deverá este ser considerado, buscando o bem-estar.

Quando os vínculos criados no âmbito familiar, são enfraquecidos por seus componentes, a relação entre os componentes se torna ainda mais hostil. Porém, há ainda o questionamento de: quando não há criação de nenhum vínculo afetivo?

Tal indagação faz com que haja uma reflexão ainda mais profunda das consequências que essa ausência de afeto pode causar naqueles que tanto precisam de tal relação para criar laços e entender as relações não somente no ambiente familiar, como também na vida, de forma estrutural.

2. DA FAMÍLIA

A palavra família tem derivação do latim, que advém da palavra “*familus*”, no qual significa “grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão”. Obviamente que o conceito empregado a palavra para a sociedade se modificou, hoje sua definição no dicionário é de “grupo de pessoas vivendo sobre o mesmo teto; grupo de pessoas com ancestralidade em comum”, essa modificação se deve em especial as relações familiares sanguíneas e afetivas que se constituíram através do tempo entre as pessoas de uma mesma família.

Quando se fala em família, logo se pensa no pai como a figura central, casado com a mãe e os filhos derivados desse casamento, porém, no atual contexto social, busca-se em se falar em entidade familiar e não mais família matrimonializada. Pois, família vai além das relações sanguíneas, chegando até

nos vínculos afetivos sociais, como são os casos das famílias que optam pela adoção ou das famílias eudemonistas, que são aquelas decorrentes do afeto.

A concepção de família vai além da doutrina e da lei, pois este é um fato social anterior e acima dos conceitos jurídicos. No ordenamento ainda não há o reconhecimento de todos os tipos familiares existentes, por conta disso, que quando há a necessidade de tutela jurídica em algum aspecto que ainda não se tenha abrangência na legislação, é que o magistrado tentará de forma justa e pacífica buscar uma solução para tal acontecimento, sem que uma quantidade maior de indivíduos seja afetada.

Assim a doutrina entende através de Berenice Dias:

Daí falar-se em direitos das famílias como forma de albergar no conceito de entidade familiar todas as conformações que têm como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço da afetividade.

Ou seja, família ainda é sim constituída pelos núcleos de convívio formado pelos parentes e pessoas com laços sanguíneos, mas também há o merecimento de serem chamados de família parentais aqueles que constroem os vínculos pela convivência com um comprometimento mútuo que advém da afetividade.

Esse novo tipo familiar passa a vigorar em razão e influência de antigos valores sociais, que ganham hoje reconhecimento mediante a sociedade, ganhando mais força nas relações familiares, do que aqueles decorrentes dos laços consanguíneos, que nem sempre há o afeto entre os envolvidos, ou seja, uma relação totalmente despida de amor.

As ligações familiares decorrentes do afeto ganham grande relevância no ordenamento jurídico atual, pois além do sentimento que une diversos tipos de pessoas e forma novos tipos familiares, também são considerados os maiores geradores de questões relevantes e desconhecidas até mesmo para o direito, que busca a resolução e o entendimento dessas constituições familiares. A variação obtida com o tempo derivadas das relações afetivas, ganha dois momentos quanto ao seu valor jurídico, a primeira, mostra a existência do afeto nas relações de família e que este é uma característica desse organismo familiar, a segunda, é aquela que a existência desse afeto é a que dar visibilidade à relação familiar existente.

Rafael Cano, em referência ao afeto e da sua aplicação diária, afirma que:

Afeto, carícia, amor, várias são as maneiras de sua representação. Seria impossível tentar enumera-las, mas é inegável que podem trazer inúmeros benefícios no dia a dia das pessoas. Sendo um simples olhar, um abraço, um beijo, um sorriso, uma carta, um telefonema, um afago, um gesto, um ombro amigo, uma companhia, ver uma criança brincar sozinha, uma lagrima o suficiente para transformar qualquer transtorno em um sentimento bom, sentimento de

afeto, de caricia, de amor, de alegria [...] Somente podem ser dignas e iguais às pessoas que respeitam as outras, e isto acontece de forma voluntária quando se unem em virtude do afeto.

O afeto nos elos familiares é o elemento fundamental para que se tenha norteamento, fazendo com que haja um maior interesse da pessoa envolvida por tal sentimento, para com o ente escolhido e o meio que se insere. O olhar pessoal das relações envolvidas e estruturadas pelo afeto resultam em uma maior sensibilidade e em uma conexão mais densa entre as partes.

Destarte, os tipos familiares e suas constituições se tornam basilares para que se entenda como a evolução, não apenas no conceito de família, mas também na sua formação atinja a sociedade e seus componentes como a influência da diversidade sexual, os segundos casamentos subtraídos e as novas atribuições dadas as famílias, fizeram com que as novas características fossem constituídas e reconhecidas socialmente. Por conta disso, o projeto do Estatuto das Famílias, reconhece os seguintes tipos familiares:

- Família nuclear ou tradicional, que é formada por ambos os genitores e os descendentes em linha reta.
- Família monoparental, que em sua constituição há um dos pais, sendo apenas o pai ou a mãe com os filhos.
- Família anaparental: É aquela que possui relação de parentesco, mas não possui vínculo de ascendência ou descendência, por exemplo, os irmãos que vivem juntos, os primos e outros, como assim aduz o art. 69 do projeto do Estatuto das Famílias.
- Família pluriparental ou mosaico, surge uma nova família, a partir do desfazimento de uma anterior.
- Eudemonista, como já mencionado anteriormente, é aquela formada pelo afeto.
- Família ou União Homoafetiva: São as famílias decorrentes das uniões homoafetivas, que constituem a família de dois pais ou duas mães mais seus filhos, que podem ou não ser biológicos.
- Família Paralela: um dos cônjuges participa de outra família, ou mais de uma família, porém, os demais integrantes, nem sempre tem consciência ou permissão para participar de outro âmbito familiar.
- Família Unipessoal: Formada por apenas uma pessoa.
- Família Extensa: é aquela constituída por outros membros da família, além do pai, mãe e os filhos, podendo ser tios, avós e outros.
- Família Poliafetiva: É aquela formada por um (a) sujeito (a) que poderá se relacionar com uma ou mais pessoas e todos (as) têm consciência de relação múltipla.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade é um instituto originado a partir da violação de uma norma jurídica, sendo ela legal ou contratual, que por ação ou omissão do agente, este venha a causar danos a outrem.

Assim, o agente causador, será responsabilizado pelos danos causados. Diante desse cenário, é que no âmbito civil, nasceu a responsabilidade civil daquele que causa o dano.

Sendo considerado um dever jurídico sucessivo, pois só recairá em cima do direito originário violado, a responsabilidade poderá ser objetiva ou subjetiva dependendo do fato e não deve ser confundida com a imputabilidade, que é comumente vista no direito penal.

Por existir normas sociais que devem ser seguidas e respeitadas, não sómente para o bom convívio social, como também para que a sociedade realmente funcione como um núcleo ativo composto por pessoas interessadas em seu bom funcionamento, é que há a responsabilidade civil, para que haja a reparação dos danos que podem ser causados pelos seus componentes a outros componentes.

Para que a responsabilidade exista, se faz necessário que a mesma se baseasse em regras e normas, que são seguidas diariamente por esta sociedade, sejam normas legais ou sociais colocadas de forma indireta pelos seus próprios componentes aos demais.

O respeito a estas regras e normas é primordial para a evolução e o bom andamento social e quando não há, se faz necessário que aquele que causou o dano, seja responsabilizado.

Neste sentido, os elementos ou pressupostos, como também denominado por alguns doutrinadores, constantes na responsabilidade civil acabam sendo de suma importância para caracterizá-la, sendo 3: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano.

Esses três elementos, podem ser vislumbrados no art. 186 do Código Civil de 2002, que trata: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Conforme demonstrado em artigo anterior os três elementos, se faz necessário explicar cada um, a iniciar-se pela conduta, que poderá ser positiva - de fazer ou dar algo- ou negativa -de não fazer.

Devendo esta conduta ser voluntária, ou seja, a mesma não pode ser obrigatória, porém, não necessariamente precisa-se da vontade de se causar prejuízo a terceiros, que seria a culpa, ao contrário, esta não precisa estar presente.

A voluntariedade, no entanto, é a consciência que a pessoa tem, sobre a ação que comete, devendo essa consciência estar presente tanto na responsabilidade

objetiva – que seria a ideia do risco e desse agente, assumir o risco de causar danos, como da responsabilidade subjetiva – que seria simplesmente, a culpa.

Como também elenca o art. 932 do mesmo diploma, que trata acerca da responsabilidade causada por terceiro, bem como pelos menores, no qual a pessoa é responsável legal:

Art. 932. São responsáveis pela reparação civil:

- I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatrelados, que se acharem nas mesmas condições;
- [...]

Quanto ao dano, este se torna elemento essencial para que possa haver a responsabilidade, seja esta contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva.

Sendo considerado como uma lesão a um interesse jurídico ao bem patrimonial ou extrapatrimonial – que se tornando um direito personalíssimo, dependendo do tipo de dano causado pelo agente, seja pela sua ação ou omissão.

Entende-se então, que todo o dano deve ser reparado, assim, pelo entendimento do legislativo, sempre será possível fixar um valor para o dano sofrido a título de reparação, mesmo que a coisa não retorne ao seu *status quo*, ou seja, mesmo que a coisa afetada, não retorne ao seu estado original.

Existindo, obviamente, requisitos para que haja essa reparação patrimonial e de certa forma, uma “compensação” pelo bem e pelo dano, o primeiro é a certeza do dano, não deve haver dúvidas que a coisa ou o patrimônio da pessoa sofreu o dano, não importando de qual forma ocorreu, mas o dano deve ser um fato. Em segundo, deve-se haver violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial da pessoa, podendo esta ser física ou jurídica.

Nos casos que ocorre o dano moral, não se faz necessário provar que houve uma dor sofrida pela vítima, mas sim, deve ser provado a violação do direito da pessoa, o que nos leva ao dano moral presumido, pois o fato em si, já demonstra o dano.

Deve-se ainda atentar que no código civil de 2002, o mesmo trouxe a figura da responsabilidade objetiva de forma expressa, conjuntamente com a subjetiva, que pode ser vista pelo art. 927 do mencionado diploma, que trata ainda da teoria do risco.

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.

O nexo causal ou o nexo de causalidade é a ligação entre o resultado danoso e a conduta do agente, ou seja, é preciso que o ato gere a responsabilidade e esta seja a causa do dano, deve ser comprovado que este ato gerou prejuízos.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ABANDONO AFETIVO PARENTAL

A responsabilidade passa então ser observada dentro do abandono afetivo, que seria o ato dos pais ou responsáveis pelo menor, não lhe corresponder com o ato afetivo, de carinho, os mesmos podem até fornecer o cuidado e suas obrigações financeiras com este, mas não lhe fornece amor.

Causando grande trauma na criança e adolescente que vive em um ambiente, que pode ser até mesmo hostil, dependendo do grau do abandono.

Tal comportamento, geralmente muito observado nas ações de paternidade, no qual o genitor muda sua residência principal ao divorciar ou separar de sua companheira/esposa e acaba por igualmente, “abandonar” o filho (a), fazendo com que este se sinta preterido ou até mesmo chega em momentos que perde sua ligação paterno afetiva.

A falta de amor, carinho e afeto, trazem consequências psicológicas como já se é conhecido até mesmo pela psicologia, porém, o mesmo pode até causa consequências físicas, para com quem sofre este tipo de “desamor”, pois as consequências de uma separação, como por exemplo, não podem atingir o menor.

Porém, tal abandono, para a jurisprudência e até mesmo para a doutrina, é um ato punível, tendo em vista a responsabilidade dos genitores ou responsáveis com o menor, “não como fato psicológico ou anímico, mas como um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. Podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência” (LOBO, 2008 p. 48)

É então que o CC/02, em seu art. 1.634 trata:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

[...]

Bem como trata o art. 226 da CF/88 “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”, ou seja, o dever e a responsabilidade dos pais para com seus filhos é de zelo, responsabilidade e afeto.

O que gerou a primeira decisão em 2003, no Rio Grande do Sul, pelo juiz Mario Romano Maggioni, ao decidir que o genitor tinha responsabilidade afetiva com o seu filho e o condenou pecuniariamente, fundamentando da seguinte maneira:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.

Bem como, em julgamento pelo STJ, no qual a Min. Nancy Andrighi, foi relatadora e tem entendimento pacificado quanto ao dano causado, quando comprovado:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE: ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO: LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO: JOÃO LYRA NETTO
EMENTA
CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão.** Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mí-

nimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excluíentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

Tal voto e entendimento, além de demonstrar que tal entendimento já é apaziguado pelo STJ, também demonstra que o dever monetário para com os filhos é importante, mas o amor, cuidado e afeto, não podem ser esquecidos ou deixados para o companheiro, não cumprindo com seu dever moral por aquele que abandona.

Tal cobrança poderá ser feita em até três anos após cessada a menor idade civil, devendo ser cobrada através de ação judicial comprovando os danos decorrentes desse abandono.

Notadamente, ao permitir que haja a reparação civil para a pessoa que sofreu com o abandono, o STJ entra em consonância com os ditames da Constituição Federal, com parte da vertente doutrinária acerca da temática, bem como humaniza tais relações, fazendo com que estas, saiam apenas do dever do genitor ou responsável, de cumprir de forma pecuniária somente com as necessidades do menor, sem se importar com este, fazendo com que cumpra na prática, o seu papel de responsável, criando assim, o ser social.

5. CONCLUSÃO

Buscar o melhor interesse da criança e adolescente, não é apenas coloca-los em uma situação cômoda, mas sim, fazer com que seu desenvolvimento seja pleno, sem interferências negativas ou com a mínima interferência possível.

Tornando seus ambientes sociais e familiares propícios para seus crescimentos com seres humanos. Esta que deveria ser a prioridade não apenas dos entes familiares integrantes, mas também da sociedade e do Estado. Pois, entender que cada criança que amadurece e é educada da melhor forma, se torna um adulto melhor, com valores e moralidades que tendem a acrescentar na vida em comunidade.

Mesmo que não haja laços sanguíneos com os pais, as crianças e adolescentes tem o direito de estarem inseridas em um núcleo familiar que se sintam bem e seguras, não dependendo de mera liberdade do Estado em fazer

determinada escolha, mas sim do vínculo criado com aqueles que se mantém uma afetividade.

Uma criança deve ter direito a fazer coisas básicas, como frequentar ao colégio, ter direito a uma moradia, ter alimentação, saúde, lazer e outras necessidades. Porém, somente estas situações, não conseguem por si só prover as necessidades infantis, pois os mesmos precisam de atenção, carinho, afeto, chamego, ou como qualquer outro termo regional queira ser empregado, para se falar de amor.

Devido a esta realidade que muito ainda ocorre no Brasil e no mundo, é que se tem a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que trata em diversos artigos acerca do bem-estar da criança e do adolescente e mais especificamente em seu art. 25, parágrafo único, que mostra em seu texto, que a afetividade, é uma necessidade, conjuntamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente, em seu art. 4, art. 5, II e II e art. 22 do mesmo diploma legal, tratam acerca das necessidades familiares e seus direitos.

Apesar de em alguns desses artigos, a afetividade não está expressamente, depreende-se que a sua necessidade é tamanha, que esta se tornou um princípio basilar do direito de família, na busca não apenas pelo bem estar infantil, quanto ao amor e ao vínculo gerado, mas em como essas relações influenciam de forma direta na vida do menor, pois se tornam reflexo dessa criação.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CALDÉRON, Ricardo Lucas. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- _____. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002. Versão online disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 28 de fev. de 2022.
- DIAS, Maria Berenice. FAMÍLIA PLURIPARENTAL, UMA NOVA REALIDADE. Versão online disponível em <[http://www.mariaberencice.com.br/manager/arq/\(cod2_568\)14_as_familias_e_seus_direitos.pdf](http://www.mariaberencice.com.br/manager/arq/(cod2_568)14_as_familias_e_seus_direitos.pdf)>. Acesso em 17 de Fev. 2022.
- DIAS, Maria Berenice. MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.
- _____. MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL – AS FAMÍLIAS EM PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. 2^a ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRISARD FILHO, Waldyr. GUARDA COMPARTILHADA: UM NOVO MODELO DE RESPONSABILIDADE PARENTAL. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. DIREITO CIVIL BRASILEIRO. vol. 6, Ed. Saraiva. 2010.
- _____. JURISPRUDÊNCIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrga0jgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>> Acesso em 28 de fev. de 2022.
- MADALENO, Rolf Hanssen Madaleno. NOVAS PERSPECTIVAS NO DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MADALENO, Rolf. **O PREÇO DO AFETO**. In Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). A ética da convivência familiar: questões polêmicas no cotidiano dos tribunais. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=5678>. Acesso em 25 de fev. de 2022.

ROSA, Catarina Marina; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O AFETO NO DIREITO DE FAMILIA**. Versão online disponível em <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/ETIC/search/titles?searchPage=42>>. Acesso em 17 nov. 2017. P. 6.

VELOSO, Zeno. **DIREITO BRASILEIRO DE FILIAÇÃO E PATERNIDADE**. São Paulo: Malheiros. 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CAPÍTULO 17

O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME NA PERSPECTIVA DO JURISTA ZENO VELOSO

Daniela Castro da Silva

Característica marcante do saudoso jurista Zeno Veloso era ser um voraz defensor dos direitos de liberdade e igualdade. Era comum, em seus livros e palestras, o autor abordar temas polêmicos como a igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal, a equiparação entre casamento e união estável nos direitos sucessórios, a relativização do princípio da imutabilidade do nome diante da proteção dos direitos de personalidade, dentre outros temas recheados de histórias que nos reportavam no espaço e no tempo do Direito Civil.

O princípio da imutabilidade do nome, desde a época da Academia, quando aluna no professor Zeno Veloso, despertou meu interesse profundo, em razão da relação pessoal de dificuldade em lidar a tanto tempo com a confusão que o meu próprio nome gerava no meio social e jurídico.

No entanto, foi somente a partir da leitura do artigo “Nome Civil da Pessoa Natural” do jurista Zeno Veloso publicado no Tratado de Direito das Famílias, que tomei coragem, em 2016, de finalmente ingressar com a ação judicial de alteração de meu nome civil.

À época parecia uma ação sem muitas esperanças de êxito, mesmo porque não se enquadrava, pelo menos para a sociedade em meu entorno, nas hipóteses de alteração legal do nome do art. 56 e seguintes da Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.615/1973.

Entretanto, encorajada pelo próprio Dr. Zeno Veloso, que embora não considerasse meu nome vexatório, sempre dizia que o incômodo de uma vida inteira era suficiente para o ajuizamento da ação, haja vista que o nome é um direito subjetivo cuja valoração é do próprio titular da ação.

E tamanha foi a surpresa, quando após suas orientações, protocolei a ação e fui agraciada com a decisão favorável para alteração do meu prenome civil. Lembro-me do dia em que dirigi-me ao seu escritório do antigo cartório

Chermont situado à Frutuoso Guimarães, com a decisão em mãos e onde, com brilhos nos olhos, fui recebida pelo Dr. Zeno com seu entusiasmo e abertura peculiar com que sempre recebia todos que o procuravam para esclarecimento de dúvidas e orientações jurídicas em seu gabinete profissional.

Durante os 8 anos em que convivi com o Dr. Zeno, nunca saí sem uma resposta a uma indagação jurídica, e foi com base em suas colocações que obtivemos êxito numa causa que parecia impossível de ser acolhida, mas como dizia o Dr. Zeno Veloso “o nome é um bem da vida”, só quem o possui sabe de suas vicissitudes cotidianas e o impacto que pode causar no mais alto grau de proteção da personalidade do indivíduo. Avante!

Na legislação brasileira, o Código Civil de 2002, no art. 167 estabelece que: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Nesse sentido, o nome civil é o designativo da pessoa natural, que a distingue nas relações da vida civil.

Trata-se, o nome, de um bem jurídico distintivo da personalidade que acompanha o indivíduo desde o nascimento e só se extingue com a morte. É um dos mais importantes institutos do Direito, diante do qual se apresentam interesses públicos e privados, e uma relação de direitos e deveres nas relações sociais da vida.

Atualmente, as discussões acerca da questão da alteração do nome civil tem alcançado patamares mais acentuados. Isso porque, situações de gênero e de reconhecimento aos direitos da personalidade, tem fortalecido o debate nos Tribunais Superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal, por meio de precedentes importantes que interferem no entendimento legal e jurisprudencial sobre o tema.

Por se tratar de assunto relacionado à autonomia do ser e à dignidade da pessoa humana, por força do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a alteração do nome passou a ocupar **inúmeras situações cotidianas de indivíduos que não se identificam com o nome designado em sua certidão de nascimento, seja por motivos como o meu, de constrangimento, ainda que não notoriamente sentido por todos os indivíduos que os cercam, seja por questões de identificação de gênero, como nos casos de pessoas transsexuais.**

O tema é tão relevante nessa seara, que o STF decidiu que ele deve estar condizente com a realidade vivida pela pessoa. Nesse sentido, determinou ser desnecessária a exigência de cirurgia de redesignação sexual e de autorização judicial para alteração do assentamento civil dos transsexuais, pois mostra-se impertinente e contrária à própria natureza do problema impor qualquer condicionante para esse reconhecimento (ADI 4275/DF).

A maneira como alguém se sente e a maneira como deseja ser reconhecida pelas demais pessoas é algo intrínseco da personalidade do indivíduo, e o nome da pessoa revela a forma como ela é reconhecida no meio social por si

e pelos demais. Nessa senda, é um contrassenso impor que alguém carregue a carga de um nome pelo qual não se identifica, ou que lhe cause incômodo demais e dissabores que transcendem os direitos da personalidade.

Nesse contexto, para além das discussões de gênero, o direito ao nome é absoluto, indisponível, inalienável e imprescritível, tanto que a sua natureza jurídica possui proteção internacional. Ocorre que a regra no Direito é a imutabilidade do nome (art. 58, da LRP), e segundo o professor Zeno Veloso, há um interesse público na imutabilidade do nome, embora haja exceções.

Esse interesse público reside no fato de que a proteção ao nome não abrange somente o indivíduo no seu meio social, mas o nome de família e as suas obrigações perante terceiros, por exemplo, que são formas de exteriorização do nome nas relações sociais e contratuais.

Caso interessante ocorreu recentemente quando o famoso pintor “Romero Britto”, solicitou a alteração de seu sobrenome, pois originalmente é grafado com apenas uma letra “t” (Brito), no entanto, sua assinatura artística é escrita com duas letras “t” (Britto), a 4^a Turma do STJ negou a alteração sob o fundamento de que “A discrepância entre a assinatura artística e o nome registral não consubstancia situação excepcional e motivo justificado à alteração da grafia do apelido de família.” (STJ. REsp 1.729.402-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 14/12/2021 - Info 723).

No caso, considero que houve demais zelo com o sobrenome alheio, pois o simples reconhecimento do artista com uma marca forte de personalidade parece-me um justo motivo para alteração. No entanto, o STJ considerou que *como o sobrenome é também uma característica exterior de qualificação familiar, não é possível a sua livre disposição* (REsp 1.729.402-SP).

Nota-se, portanto, como o Estado ainda interfere em situações que se relacionam à intimidade e desejos da personalidade do indivíduo em total dissonância aos imperativos da liberdade e autonomia que deveriam reger as relações civis nessa seara.

Gostaria de ter debatido com o saudoso Dr. Zeno essa decisão, e acredito, que outro não seria o seu posicionamento, ele estaria ao lado da liberdade e da autonomia do artista, e talvez até diria que a decisão preto e branco do STJ necessitava ser pintada pelas cores vibrantes dos quadros de Romero Britto.

Considero que este seja o seu maior legado, deixar-nos contar nossas histórias com leveza, pois o Direito Civil, como os demais ramos do Direito são só os coadjuvantes da vida. Zeno nos ensinou a leveza dos textos e das falas jurídicas. Deixou-nos o prazer e a liberdade de brincar com as palavras e de sermos quem quisermos ser, independente das decisões judiciais, que embora mereçam nosso exímio respeito como fiéis defensores do Direito que somos, jamais permitirá amarras e mordaças em nossa autonomia de identificação da nossa personalidade.

Zeno faz falta, e poderia me estender por muitas linhas para descrever o quanto seus textos, seus livros, suas palestras, seus ensinamentos, e sua vida deixaram um legado insubstituível na vida de todos nós civilistas. Mais que isso, o quanto sentimos a falta de seu sorriso, de suas histórias, do nosso pequeno e grande Zeno Augusto Bastos Veloso, cujo nome nunca será esquecido. Imutável. Inalienável. Imprescritível.

CAPÍTULO 18

POR QUE DISTINGUIMOS OS DIREITOS REAIS DOS DIREITOS DE CRÉDITO?

*Douglas Estevam
Leonardo da Silva Sant'Anna*

1. INTRODUÇÃO

Dizia Orlando Gomes que “[a] distinção entre direitos reais e pessoais deve ser estabelecida na introdução ao estudo do Direito das Coisas, confrontando-se as duas categorias fundamentais do direito subjetivo”¹, o que ora ficou reconhecida como a *summa divisio* do direito civil. Somente por meio dessas duas categorias, poderiam os civilistas analisar as situações jurídicas subjetivas e, sem a referida análise, seria fracassada qualquer tentativa de sistematização do direito civil.

Apesar de tudo, ao se compulsar qualquer manual de direito romano, é curioso notar que essa distinção não existia na Antiguidade, o que supostamente poria a *summa divisio* do direito civil em questão:

Os jurisconsultos romanos não conheciam estes dois conceitos – direito real e direito pessoal. A própria denominação *ius in re* com a qual se designam os direitos reais não se encontra, com esse sentido, nas fontes.

A distinção que hoje fazemos com base nos conceitos de direito real e de direito pessoal os romanos a faziam no plano processual, com a dicotomia *actio in rem* – *actio in personam* (ação real – ação pessoal). Aquela é uma ação *erga omnes* (contra todos), em que o autor afirma o seu direito sobre a coisa, e em que o réu surge como a pessoa que se colocou entre o autor e a coisa; esta é uma ação contra determinada pessoa (o devedor), e em que o autor reclama o cumprimento da obrigação que o réu deixou de adimplir. Na *actio in rem*, o

¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21.^a ed. rev. e atual. pelo Min. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9.

réu somente é conhecido no momento em que há a violação do direito subjetivo, pois todos têm o dever de abstenção; na *actio in personam*, o réu somente poderá ser o devedor, que é o único obrigado a satisfazer o titular do direito subjetivo.

Partindo da distinção entre essas duas *actiones*, os autores do direito intermédio formularam os conceitos de direito real e de direito pessoal.²

Ainda assim, talvez não haja razão para pôr muito crédito nessa descoberta, afinal de contas, os romanos não costumavam conceituar nem definir seus institutos legais. Os jurisconsultos, por exemplo, não elaboraram um conceito de norma, de ordenamento nem mesmo de negócio jurídico, conceitos estes que trivialmente fazem parte da teoria geral do direito civil.

E, mesmo que fosse possível encontrar definições na doutrina da época, certamente seriam imprecisas, senão objeto de inúmeras discussões. No que tange à *summa divisio* nas fontes romanas, ainda vale a pena mencionar:

Na lição do professor Ebert Chamoun, a *actio* poderia ser *in rem* ou *in personam*, quando tivesse por objeto uma coisa ou um crédito. Se a *actio* fosse *in rem*, a coisa deveria ser levada ao pretor ou, caso fosse difícil ou impossível, apenas um pedaço dela. As partes empunhavam uma vareta (*vindicta*), que seria o símbolo da senhoria. E, segurando também a coisa disputada ou ao menos um pedaço dela, ambas afirmavam que esta era sua, tocando-se mutuamente com a vareta. Pondo termo à luta simulada, o pretor concedia a coisa a uma das partes, que deveria conservá-la durante o processo e restituí-la caso perdesse, sendo tal restituição garantida por terceiros. Após o exame das provas, as partes deveriam comparecer diante do juiz para dele ouvir quem era o vencedor do pleito. Ao perdedor restaria apenas o pagamento de multa ao fisco.³

Desse modo, “a distinção entre direitos obrigacionais e direitos reais baseava-se no direito adjetivo⁴, diante da diversidade entre as ações a serem manejadas em uma ou outra hipótese⁵. Não havia uma divisão no plano material, como a doutrina contemporânea sustenta.

Acima de tudo, até mesmo seria impróprio afirmar que o direito romano fosse interpretado como um sistema jurídico em sua época, pois que

² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, vol. I. 11.^a edição revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 258.

³ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

⁴ Cumpre ressaltar que o direito processual, enquanto ramo autônomo do direito, nasceu apenas no século XIX, em razão de uma discussão entre dois romanistas (Windscheid e Muther) sobre o conceito de *actio*. Até então, o direito processual era considerado adjetivo ao direito material/substantivo.

⁵ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

seria completamente alheio à prática dos jurisconsultos romanos⁶. Se eles não definiram nem seus institutos mais fundamentais, então, seria improvável que também houvessem concebido a tal *summa divisio*:

[...] é um dado incontroverso que os juristas romanos não elaboraram um conceito de direito subjetivo, assim como também não definiram o que era a norma, o ordenamento, o ato, o negócio, a sanção e, em geral, todos os conceitos que hoje compõem a teoria geral. E mesmo que, em vão, procurássemos nas fontes (que puderam chegar até nós) a definição de figuras tipicamente utilizadas pelos romanos, como o contrato, o legado, a servidão, ou se buscarmos uma definição de obrigação, de testamento ou de ação, por exemplo, que pertenciam ao auge da época clássica, se ela não for objeto de debate, será, então, marcada pela imprecisão terminológica. Dentre os sobressaltos da atividade teórica dos juristas romanos, um é bem pacífico e conhecido: a escassa propensão para conceituar e definir, como se os conceitos e seus corolários fossem dedutíveis pelo leitor a partir do conjunto de soluções práticas adotadas ou propostas. Mas isso não significa que hoje os romanistas estejam impedidos de estudar e discernir aquela realidade jurídica por meio de conceitos forjados posteriormente, ou que não possam averiguar se os conceitos são compatíveis com aquela realidade e como isso se dá, ou ainda como tais conceitos podem ser úteis para exprimir aquela realidade e se isso seria válido.⁷

Por outro lado, a ausência de distinção entre direitos reais e pessoais entre os romanos também poderia indicar a insignificância prática dessa divisão que ainda hoje é mantida. Pois, enquanto os romanos eram muito práticos, em detrimento da formulação de uma teoria geral, a teoria moderna do direito, ao contrário, baseia-se em abstrações cujos conceitos muitas vezes necessitam de revisão, dado seu descolamento da realidade⁸.

À vista disso, resta saber se a *summa divisio* ainda possui utilidade, ou se talvez seja hoje um conceito jurídico sem função prática. Se sua origem for, de algum modo, relevante para esta pesquisa, sabe-se então que essa divisão, de fato, ocorreu apenas na Idade Média, por obra da Escola dos Glosadores. Ou seja, somente muitos séculos após os romanos, a categoria dos *direitos reais* veio a aparecer:

⁶ O que se quer dizer é que o conceito de “sistema jurídico” é muito recente na história do pensamento jurídico e, portanto, estranho à cosmovisão romana.

⁷ PUGLIESE, Giovanni. **Res corporales, res incorporales e o problema do direito subjetivo** in Revista QVÆSTIO IURIS, Rio de Janeiro, vol. 11, n.º 13, p. 1979, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/36261>>. Acesso em 31.1.2021.

⁸ É importante ressaltar a distinção que Aristóteles faz entre razão prática, técnica e teórica: “[...] como o conhecimento científico envolve demonstração, mas não há demonstração de coisas cujos primeiros princípios são variáveis (pois todas elas poderiam ser diferentemente), e como é impossível deliberar sobre coisas que são por necessidade, a sabedoria prática não pode ser ciência, nem arte: nem ciência, porque aquilo que se pode fazer é capaz de ser diferentemente, nem arte, porque o agir e o produzir são duas espécies diferentes de coisa.” ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Livro VI, Capítulo V, p.p. 127-128.

Voltemos à ciência dos *ius civile*. Já aos glosadores tinha cabido uma significativa autoridade na vida constitucional e jurídica do seu tempo, como professores, conselheiros e redactores de documentos; o seu ensino dirigia-se, desde o princípio, à formação prática para a vida pública. Nesta medida, o seu trabalho não pode ser considerado como algo de desligado do mundo. No entanto, estão mais longe de uma influência contínua sobre a aplicação prática do direito do que a que corresponde às actuais concepções dos juristas. É que o seu trabalho visava – diferentemente, neste aspecto, do dos canonistas mais ligados, já pelas suas próprias fontes, ao seu tempo – a interpretação do *Corpus Iuris*, i.e., de textos que tinham uma vigência tão pequena na Itália como no resto da Europa. Mesmo onde a sua autoridade geral era indiscutida, como no Império e – em virtude de uma célebre ficção dos juristas franceses – também no ocidente europeu, as concepções jurídicas medievais deixavam um campo muito vasto aos direitos pessoais e locais e, com isto, passavam por cima do direito romano universal. O que se aprendia em Itália e em França era um método, uma **gramática jurídica**, não o direito realmente aplicável nos vários domínios. Precisamente por isto, os glosadores puderam impor por todo o lado e sem referência às realidades locais a crença na validade universal e na justeza intemporal do direito romano, encontrando imediatamente audiência por toda a Europa.⁹

É importante lembrar que o Direito Romano, por muito tempo, serviu como direito comum europeu, num tempo em que os governos ocupavam territórios bem fragmentados ao longo do continente. A aplicação “universal” do direito romano servia como intercâmbio político na Europa.

Além disso, também é necessário notar o valor que o direito à terra tinha na economia medieval:

A transposição da *actio in rem* e da *actio in personam* para o plano substantivo só veio a ocorrer por meio da obra dos Glosadores, que estabeleceram a correspondência entre a *actio in rem* e o *ius in re* e entre a *actio in personam* e o *ius in personam*, posteriormente acolhida pelos Comentadores, que empregavam o termo *ius reale* como sinônimo da expressão *ius in re*. O conceito de direito real não foi, portanto, nem formulado, nem utilizado pelos juristas romanos, até porque, segundo Giovanni Pugliese, não havia homogeneidade entre as situações que davam ensejo à *actio in rem*.

Sendo certo que cada instituto ou conceito jurídico recebe o seu sentido por meio do sistema ou contexto do qual faz parte, os conceitos de direito real e obrigação desenvolvidos pelos juristas de então estavam indissociavelmente ligados ao papel que a propriedade e o contrato desempenhavam na sociedade medieval.

No âmbito dos direitos reais, o direito à terra estava relacionado à própria sobrevivência dos indivíduos, o que trazia uma consequência prática, conforme leciona Paolo Grossi: a coisa, e não o sujeito, era o centro de gravitação daquela sociedade. Assim, transformava-se o objeto inerte, já imbuído de direitos e

⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2.^a ed. trad. por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967. p.p. 78-79.

poderes a serem conferidos ao seu titular, em porção vital do ordenamento, sendo a fonte, motivo e condição daqueles direitos e daqueles poderes.

No período de recepção do direito romano, os direitos locais europeus estabeleciam fortes restrições à disponibilidade do patrimônio, sobretudo no que concerne à terra. Tais bens encontravam-se frequentemente vinculados a uma família, não podendo ser alienados sem o consentimento dos parentes. Criava-se, desse modo, um ambiente propício ao florescimento dos direitos reais limitados, já que, como “todos tinham um certo poder de disposição sobre a mesma coisa, esta estava sob o domínio de vários (...) e não podia ser usufruída ou alienada plenamente por ninguém”.¹⁰

Outro fato curioso, ainda, era a vigência de um sistema *numerus apertus* de direitos reais na época. Ou seja, não havia limitação legal para a criação de novos tipos de direitos reais. Portanto, havia liberdade, dentro do sistema feudal, para o desenvolvimento de direitos reais, umbilicalmente ligados às bases econômicas de então.

Esse sistema, por outro lado, é completamente diferente do Código Civil brasileiro, que estipula um rol cerrado de direitos reais, taxativo no Livro do Direito das Coisas – Título dos Direitos Reais¹¹:

Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese;
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII - a concessão de direito real de uso;
- XIII - a laje.

O sistema *numerus clausus*, assim concebido, foi obra da Revolução Francesa, que extinguiu os ônus sobre a terra e restringiu a base econômica dos estamentos aristocráticos, com o propósito de implantar aquele capitalismo que já havia na Inglaterra.

¹⁰ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

¹¹ BRASIL. **Código Civil** (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 31.1.2021.

Nesse sentido, o Código Napoleônico estabeleceu, juridicamente¹², um novo modelo econômico, limitando drasticamente os institutos jurídicos que formavam a antiga base do feudalismo. Com a elevação da autonomia privada a papel central de todo o sistema jurídico, passou a surgir uma nova concepção sobre o comércio e sobre a terra.

Internamente ao universo do pertencimento, tomou forma no curso da idade moderna — e sobretudo se cristalizou nas reflexões e na práxis do século XIX — um singular arquétipo jurídico, que poderíamos qualificar — por enquanto, bem entendido, salvo um posterior retorno a ele para precisá-lo melhor — napoleônico-pandectístico, isto é, uma noção de propriedade não somente resolvida na apropriação individual, mas em uma apropriação de conteúdos particularmente potestativos.¹³

Por um lado, o Direito Comercial nascia para regular as relações da classe burguesa emergente, que necessitava de proteção jurídica sobre suas trocas econômicas, num trânsito inimaginável no sistema econômico feudal. Surgia não só pela necessidade como pelas peculiaridades daquela época que não existiu em períodos históricos anteriores (embora seu fundamento ainda fosse o direito romano). Em outros termos, a classe burguesa recebera seu próprio “estatuto legal”.

Por outro lado, o direito das coisas passou a ter mínima incidência em situações jurídicas cotidianas, limitando os privilégios da antiga classe aristocrática a poucas relações legais, não mais capazes de obstar o livre trânsito comercial do capitalismo emergente.

Por último, os direitos pessoais passaram a ser aplicados subsidiariamente a todo o resto da vida social. A liberdade contratual, como linha mestra do Código Napoleônico, passou a ser a categoria central do sistema privado, devendo todos os demais institutos gravitar a seu redor.

2. ARGUMENTO

Dadas essas considerações históricas, resta saber qual seria hoje a diferença prática entre os direitos reais e os direitos pessoais. Já que os romanos não a conceberam, os medievais criaram-na em meio a um sistema feudal e, por derradeiro, os franceses desenvolveram-na em um capitalismo ainda emergente, que não guarda comparação com as situações jurídicas contemporâneas.

¹² “Queremos somente constatar que, sob o tremular das novas bandeiras, a velha mentalidade jurídica encarnada em uma certa construção do sistema dos direitos reais não foi de todo apagada, e coexiste desarmônica com a nova ideologia oitentaenovista da qual claramente o Código é portador [...]” GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. Trad. Luiz Ernani Fritoli e rev. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 80.

¹³ *Ibidem*. p. 11.

O direito, baseado sempre em uma análise presente dos bens valorizados pela sociedade, não possui fórmulas universais¹⁴, cujos institutos sempre dependem de uma abordagem sobre os elementos dados em determinada época e em determinado contexto. Saber, portanto, se a *summa divisio* ainda faz sentido para a doutrina contemporânea do direito civil, significa questionar se ela é apropriada às relações jurídicas hoje em dia, dada a nova realidade em que o direito é aplicado e interpretado.

Sobre a questão, o professor Orlando Gomes asseverava que “[n]ão há critério indiscutível para distinguir o direito real do direito pessoal. Na acentuação dos respectivos traços distintivos, multiplicam-se as teorias, envolvendo a questão numa injustificável obscuridade.”¹⁵

Por outro lado, Caio Mário dizia:

Já tivemos ensejo de os conceituar, distinguindo-os do de crédito, dizendo que os primeiros (*iura in re*) traduzem uma dominação sobre a coisa, atribuída ao sujeito, e oponível *erga omnes*, enquanto os outros implicam a faculdade de exigir do sujeito passivo determinado uma prestação.

Não é, contudo, erma de controvérsias a matéria. Ao invés, eriçada de discussões. Não faltam escritores a negar a diferença entre uns e outros direitos (Demogue), opinando que caracterizam apenas em razão da intensidade (direitos fortes e direitos fracos). Mais recentemente, Perlingieri alinha-se dentre os que refutam a existência de um precisa separação. Outros proclamam o artificialismo da distinção (Thon, Schlossmann), e negam a existência dos direitos reais, que a seu ver não passariam de um processo técnico, utilizado pelo direito positivo, ao instituir restrições à conduta humana, em benefício de determinadas pessoas.¹⁶

Destarte, a dificuldade permanece em determinar, de fato, se há duas categorias fundamentais abaixo das situações jurídicas subjetivas de cunho patrimonial, ou se ambas deveriam ser analisadas apenas sob o conceito de direito subjetivo. Isto é, não havendo diferença específica entre direitos reais e direitos pessoais, então a divisão seria artifiosa.

Repartir o direito civil em duas grandes categorias apenas seria vantajoso se entre elas houvesse estruturas tão díspares, que fosse impossível agrupá-las sob um único conceito. Ao se falar em categorias, pensa-se em um arranjo interno tão bem definido, que seja impossível adotar um critério de semelhança entre elas, a ponto de reuni-las numa categoria própria.

¹⁴ Com exceção, é claro, da lei natural. Neste trecho, há apenas referência ao direito positivo, submetido à liberdade de conformação da autoridade constituída em sociedade.

¹⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21.^a ed. rev. e atual. pelo Min. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 10.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. IV. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, 25.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Introdução.

A depender do resultado dessa análise, a distinção entre direitos reais e pessoais pode-se mostrar apenas um mero artifício técnico, se ficar provado que ambos são igualmente inteligíveis tão somente pela gramática do direito subjetivo.

Aqui reside uma *contradictio terminis*: aplicam-se disciplinas distintas para institutos pertencentes a uma mesma categoria e há um tratamento uniforme entre direitos pertencentes a categorias diversas. Tal constatação induz ao questionamento da estabilidade da antítese em questão, de forma que a metodologia proposta só se afigura possível ante uma abordagem maleável da dicotomia, estabelecendo fronteiras mais fluidas entre as categorias.¹⁷

Desse mar conceitual, emergiram algumas teorias que tentaram dar conta desse problema. A primeira digna de nota foi a *teoria personalista*, segundo a qual, nos direitos pessoais, haveria uma relação jurídica entre duas pessoas determinadas (credor e devedor), ao passo que, nos direitos reais, haveria um sujeito ativo, titular do direito, que oporia seu direito indiscriminadamente a toda a sociedade (sujeito passivo universal). Entretanto, essa teoria tem o inconveniente de sustentar que “toda a sociedade” mantenha uma relação jurídica com o titular do direito real.

Em contrapartida, a *teoria realista* sustentava que, enquanto o direito pessoal necessitaria da interposição de um sujeito passivo para ser constituído, o direito real estabelecer-se-ia diretamente entre o titular e a coisa, independentemente de um intermediário, sendo, portanto, um poder jurídico imediato da pessoa sobre o bem. No entanto, há um problema elementar nesta teoria.

É que o direito, por se tratar de relações intersubjetivas, somente pode ocorrer entre pessoas, jamais entre uma pessoa e uma coisa diretamente. Sendo uma relação de justiça entre os homens, o direito necessita de pessoas para ser criado, interpretado e aplicado. Reduzir essa correlação a apenas dois termos – sujeito e objeto – seria uma distorção grosseira de seu conceito.

Os advogados frequentemente falam de direitos não como relações de três termos entre duas pessoas e um ato de certo tipo, mas como relações de dois termos entre pessoas e um tema ou (em um sentido amplo) *coisa*: por exemplo, o direito de alguém a £10 por contrato, ou a uma propriedade específica (ou a uma parte dela), ou aos direitos de execução de uma ópera. A razão para tal atribuição de direitos de dois termos ser preferida pelos advogados, em muitos contextos, é esta: ela dá uma unidade inteligível a uma série temporal dos muitos e variados *conjuntos de direitos hohfeldianos* que em diferentes momentos de tempo são dados por um mesmo conjunto de regras para garantir e dar substância a um objetivo *subsistente*.¹⁸

¹⁷ CARDOSO, Patrícia Silva. **O contrato e os terceiros**: uma releitura do princípio da relatividade. Curitiba: CRV, 2015. p. 53.

¹⁸ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Rio Grande do Sul: Editora UNISINOS, 2007. p. 198.

Além dessas teorias, empregar alguns aspectos dos direitos reais como critério de distinção (tipicidade, inerência, ambulatoriedade, sequela, preferência, especialidade etc.) seria assumir atributos acidentais como método de classificação, sem lograr êxito. Como já dito, agrupar tais direitos em duas categorias, significa afirmar que eles guardam dessemelhanças tão díspares, que um conceito único somente seria possível à força de um enorme esforço de abstração.

Mas, pelo contrário, mostra-se bastante natural a leitura dos direitos reais pela ótica do direito subjetivo¹⁹, do mesmo modo que são lidos os direitos pessoais, sem que daí exsurja nenhuma dificuldade conceitual. Como concluiu Orlando Gomes, “[a]pesar de ser uma distinção necessária, que se tem procurado fazer por meio da acentuação exaustiva dos traços diferenciais, não é possível emprestar a muitos desses traços valor absoluto”²⁰.

3. CONCLUSÃO

Com o tempo, o direito civil contemporâneo passou a exigir uma releitura capaz de reexplicar essa histórica distinção. A princípio, o direito subjetivo seria a pedra angular da sistemática do direito civil, cuja estrutura faz parte do linguajar próprio dos juristas modernos:

O direito subjetivo, traduzindo, desta sorte, um poder no seu titular, sugere de pronto a ideia de um *dever* a ser prestado por outra pessoa. Quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja este determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, evidentemente participa de uma *relação jurídica*, que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula *poder-dever: poder* do titular do direito exigível de outrem; *dever* de alguém para com o titular do direito. O *dever* pode ser um de tipo variável: fazer, tolerar ou abster-se; enquanto o *direito* será sempre o mesmo, isto é, o *poder de exigir o cumprimento do dever*.²¹

Essa estrutura do direito subjetivo pode ser analisada segundo os três termos a seguir:

São estes, em resumo, os elementos essenciais do direito subjetivo: o *sujeito*, que tem o poder de exigir; o *objeto*, que traduz a satisfação daquele poder; e a *relação*

¹⁹ “O conteúdo mínimo para que se tenha *dominium* é a existência de um poder, não importa se pequeno ou grande, mas autônomo e imediato sobre a *res corporalis*”. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. Trad. Luiz Ernani Fritoli e rev. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58.

²⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21.^a ed. rev. e atual. pelo Min. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 16.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – vol. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 49.

ou *vínculo jurídico*, que é o meio técnico de que se vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade.²²

Desse modo, fica claro que o direito subjetivo é a grande categoria fundamental sob a qual jazem os direitos reais e os direitos pessoais²³. Contudo, isso ainda não é satisfatório para explicar a distinção prática entre eles.

Considerando o intercâmbio dos direitos reais pelos direitos pessoais através do conceito de direito subjetivo, ainda permanece sem resposta a razão pela qual ocorre essa divisão. Fora do campo conceitual, a análise precisa ir até a técnica jurídica desses direitos, perguntando-se de que modo eles foram concebidos como instrumentos aptos à tutela de determinados bens.

Desse modo, demonstra-se que a verdadeira distinção encontra-se na eficácia de tais direitos, seja na relatividade dos direitos pessoais seja na oponibilidade dos direitos reais, que são duas faces da mesma moeda:

[...] a diferença relativa à sua oponibilidade perante terceiros era o ponto central da divisão feita entre direitos reais e direitos de crédito. Enquanto os primeiros seriam oponíveis *erga omnes*, vinculando toda a coletividade à obrigação passiva universal (ou dever geral de abstenção), os direitos de crédito só vinculariam o devedor, não sendo, portanto, oponíveis perante terceiros. Desta distinção partia a teoria personalista que, apesar de ter enfrentado muitas críticas no decurso do último século, ainda não encontrou uma substituta definitiva.

Assim, a ideia de que os direitos reais seriam absolutos decorre apenas da oponibilidade *erga omnes* a eles atribuída - a qual, segundo a teoria personalista, justificaria o surgimento da relação jurídica entre o titular do direito real e o restante da coletividade -, enquanto os direitos de crédito são definidos como relativos justamente porque não produziriam efeitos perante terceiros.²⁴

Como se vê, a confusão entre as teorias *personalista* e *realista* reside na diferente eficácia que se atribui a cada um desses direitos, não havendo, portanto, uma distinção fundamental. Na história do direito privado, o autor que chegou mais próximo dessa conclusão foi René Demogue²⁵, quem rechaçava a

²² *Ibidem*. p. 55.

²³ Sem sombra de dúvida, se for feita uma releitura dos institutos dogmáticos, ainda será possível alcançar uma categoria além, a de *situação jurídica*. Isso porque o direito subjetivo, propriamente pelo reducionismo de seus termos, foca-se apenas no poder de seu titular, e não abarca o feixe de obrigações e deveres que naturalmente todo direito cria. Mas, por ainda estarmos num período de transição dogmática, ainda com muitas imprecisões terminológicas, preferiu-se o uso do direito subjetivo, consagrado na tradição civilista no Brasil.

²⁴ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 159.

²⁵ DEMOGUE, René. **Les Notions fondamentales de Droit Privé**: Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations. Paris: Arthur Rousseau, 1911. p. 440. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5457266z/f455.item.texteImage.zoom>>. Acesso em 31.1.2021.

diferença entre uns e outros direitos, embora não haja sido capaz de tocar no cerne da questão.

O referido autor rejeita não só o binômio direitos de crédito-direitos reais, mas também a distinção entre direitos absolutos e relativos, que, para ele, seriam variantes de um mesmo fenômeno, sendo o reconhecimento pelo legislador de um direito como absoluto ou relativo dependente do grau de segurança jurídica que este almeja atribuir ao seu titular. Logo, também não haveria diferença quanto à oponibilidade, pois o direito relativo é também oponível a todos, no sentido de que todos devem ter em conta sua existência.²⁶

Pelas mesmas razões, é possível dizer que as teorias *personalista* e *realista* são complementares, à medida que uma acentua a relatividade característica dos direitos pessoais enquanto outra ressalta a oponibilidade tão peculiar dos direitos reais. Enfim, são características do mesmo fenômeno: a eficácia dos direitos patrimoniais.

Na lição de José Duclos, a oponibilidade poderia ser definida como a qualidade reconhecida a um elemento da ordem jurídica por meio da qual ele irá irradiar seus efeitos fora de seu círculo de atuação direta. Trata-se, portanto, “de uma técnica, cuja finalidade consiste em conectar o elemento oposto ao meio jurídico geral”. Ainda com base nos ensinamentos do autor, a oponibilidade terá um objeto (que pode ser um fato, ato, direito ou, de modo mais genérico, uma situação), um sujeito ativo (aquele que opõe o objeto) e um sujeito passivo (aquele em face de quem se opõe o objeto).²⁷

Ainda assim, seria possível rechaçar a oponibilidade como um critério distintivo dos direitos reais em relação aos pessoais, haja vista a existência direitos pessoais que também são oponíveis a terceiros. A título de exemplo, pode-se citar a *reserva de domínio* no contrato de compra e venda²⁸ ou o *direito de vigência* no contrato de locação²⁹. Isto é, direitos pessoais que possuem a mesma eficácia irradiante dos direitos reais.

²⁶ CARDOSO, Patrícia Silva. **O contrato e os terceiros**: uma releitura do princípio da relatividade. Curitiba: CRV, 2015. p. 49.

²⁷ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.p. 159-160.

²⁸ BRASIL. **Código Civil** (2002). “Art. 522. A cláusula de reserva de domínio será estipulada por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros.”

²⁹ BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991. “Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.”

Portanto, é oportuno apresentar uma solução final ao problema, com o propósito de perscrutar alguma lógica na divisão dogmática que existe desde a Escola dos Glosadores.

Diante disso, é importante observar que, ao contrário do que se pensava, a diferença básica entre direitos reais e obrigações não está exatamente na oponibilidade perante terceiro. Se esta não é uma característica natural dos direitos reais, mas depende da prévia publicização do vínculo jurídico, é possível concluir que a diferença básica reside no fato de que enquanto a publicidade, na esfera dos direitos reais, é condição prévia para o seu nascimento, sendo, portanto, indispensável, esta será quase sempre facultativa quando estivermos diante de vínculos obrigacionais.³⁰

De acordo com Roberta Mauro, os direitos pessoais tornam-se eficazes entre as partes tão logo pactuados, segundo o *princípio da relatividade*. Sua finalidade é limitar o efeito da obrigação às partes contratantes, embora não tenha ele uma regra específica no Código Civil.

O contrato somente deverá surtir efeito, ou ser eficaz, entre as partes que tenham compactuado neste sentido, significando que aqueles que não tenham interferido na relação contratual de forma direta não poderiam ser, a princípio, alcançados pelos efeitos imediatos do contrato.

O velho brocardo justiniano “*res inter alios acta alii nec nocere nec prodesse potest*” é a expressão absoluta do princípio da relatividade dos contratos. Estabelece que aquilo que é realizado entre outros, a outros não aproveita nem prejudica. O princípio da relatividade contém, assim, uma regra que impõe a intangibilidade da esfera jurídica individual, que não pode ser modificada através de um negócio a ele estranho.³¹

Por outro lado, todos os direitos reais são **necessariamente** oponíveis *erga omnes*, pois eles só se constituem mediante registro público³². Lembre-se que o registro público é um mecanismo jurídico que dá publicidade aos atos nele averbados, pois:

[...] o aspecto mais importante do princípio da fé pública registral é a *confiança* que a estrutura jurídica, pela autoridade do Estado, atribui aos fatos que interessam a terceiros, que lhe permite *dar por certo o que está nos registros, ainda que em realidade não o sejam*. A fé pública é a “chave” da estrutura registral.

³⁰ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.p. 207-208.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. por Caitlin Mulholland. 19.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15.

³² BRASIL. **Código Civil** (2002). “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”

Dessa maneira, aquele que, de boa-fé, confiou nos dados registrários, alcançados pela fé pública dos registros públicos, para adquirir, modificar, ou extinguir direitos, não pode ser molestado por outrem, que alegue que os fatos objetos da fé pública não são verdadeiros.³³

Assim, a publicidade, ainda que por meio de registro público, é capaz de “produzir conhecimento e, com isso, permitir a irradiação da oponibilidade de fatos, atos ou direitos por trás deles existentes”³⁴. O princípio geral do direito que fundamenta a publicidade é aquele segundo o qual *somente pode ser exigido aquilo que é conhecido*³⁵.

[...] a simples disponibilidade de tais informações ao público gera presunção de relativa de conhecimento acerca dos fatos ali expostos. Dito de outro modo, quando o registro é o meio de publicidade imposto pela lei, o conhecimento é presumido, mesmo quando não tenha havido qualquer “tomada de contato” de terceiros a respeito dos fatos, atos ou situações jurídicas reveladas pelo sistema registral.³⁶

Alguns ainda poderiam suscitar que a posse, direito real que fosse, não requer registro público para irradiar seus efeitos. Primeiro, ressalta-se que a posse não é um direito real³⁷, mas apenas um fato jurídico, isto é, “relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a

³³ ANDRADE, Maria Rosa de; NERY Jr., Nelson. **Instituições de direito civil**: Registros, notas e prova documental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 7.

³⁴ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 210.

³⁵ O mesmo princípio encontra-se determinado no art. 21 do Código Penal: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena”.

³⁶ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 211.

³⁷ Outro texto seria necessário para uma devida abordagem da questão. Por ora, cite-se apenas Ebert Chamoun, autor do Livro do Direito das Coisas do Código Civil e Catedrático de Direito Civil da UERJ: “É a posse um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada um objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito. A lei protege, assim, a posse como estado de fato, sem embargo de reconhecer que há um direito a esse estado de fato, e tão ampla é a proteção, que o possuidor, turbado ou esbulhado, conserva a posse, embora às vezes provisoriamente, ainda que contra o titular do direito, ou em detrimento deste.

A lei salvaguarda a posse como simples estado de fato porque aparenta uma situação jurídica regular, e a aparência é juridicamente digna de proteção; e se permitisse, a quem tem o direito sobre a coisa, exercê-lo contra quem tem o poder de fato sobre essa coisa, consagrar-se-ia a justiça privada, o recurso à violência. Demais, ao possuidor que tem simultaneamente o poder de fato e o direito sobre a coisa concede-se uma proteção muito mais eficiente do que a atribuída apenas a esse direito.

exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio”³⁸. Segundo, a posse mesma é um *mecanismo natural de publicidade*³⁹, já que exterioriza e revela, por si só, a existência de um direito sobre determinada coisa, seja a que título for⁴⁰.

Ao contrário, pelos princípios da liberdade contratual e da autonomia privada, os direitos de crédito não necessitam de registro público para sua constituição. Logo, sua eficácia cinge-se apenas àquelas partes que contratarem, não possuindo a mesma eficácia que os direitos reais.

Nesse sentido, a distinção entre esses direitos, em linhas gerais, não é capaz de bifurcar toda a sistemática do direito civil em duas grandes categorias. Longe disso, há a perfeita possibilidade de agrupá-los sob o amplo conceito de direito subjetivo.

Embora os conceitos jurídicos não tenham referência necessária à existência real dos objetos conceituados, eles certamente serão tanto mais úteis quanto

Ocorre que o poder de fato, em que a posse consiste, tem o conteúdo mesmo do direito de propriedade, a senhoria ou economia da propriedade é o mais extenso direito existente em relação a uma coisa, não havendo poder de fato cuja consistência se subtraia a esse poder de direito. Por isso, de ordinário, a noção de posse aparece associada à da propriedade. Mas é apenas por isso, já que a proteção da posse independe da correspondência acaso existente entre esse poder e qualquer direito que se possa configurar quanto a uma coisa, inclusive o domínio. Quem possui só pode, pois, ter um comportamento semelhante, embora parcialmente, ao de quem é o dono. As aparências são necessariamente idênticas. Mas o direito não consagra e tutela a posse porque seja ela elemento exterior da propriedade.

A posse, então, não se pode definir como o exercício da propriedade. Nem mesmo conviria dizer que é o exercício de faculdade inerente à propriedade. A posse não é o exercício da propriedade ou de qualquer outro direito. Ela simplesmente é um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade: o possuidor tem um comportamento análogo ao de quem exerce poder peculiar ao domínio, ou de outro titular de um direito real à substância da coisa. O possuidor comporta-se ‘como se’ fosse titular de um direito real (diferente do da posse). Mera questão de aparência – mas questão juridicamente relevante.

Foram esses fatores determinantes da definição de posse que propusemos, e que só inserimos entre as normas propriamente jurídicas por apreço à tradição de nosso direito (a rigor deveria ficar fora do código): considera-se posse o poder de fato que se manifesta sobre uma coisa, mediante comportamento que corresponde ao exercício de faculdade inerente à propriedade. Protege-se a posse independentemente de ter o possuidor, sobre a coisa, o direito de propriedade, ou de qualquer outro direito.” CHAMOUN, Ebert. **Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do Código Civil** – Direito das coisas. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 20, p.p. 228-229, abr./jun. 2019. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/viewFile/420/301>>. Acesso em 31.1.2021.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – vol. IV. Atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 38.

³⁹ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.p. 214-225.

⁴⁰ Mesmo raciocínio aplica-se a bens móveis, cuja propriedade principia-se com o início da posse, segundo o art. 1.267, *caput*, do Código Civil: “Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”.

consigam captar a realidade que pretendem conformar. E isso vale para a teoria do direito como um todo: um teste fundamental para qualquer teoria diz respeito à sua capacidade de explicar a realidade e de orientar com correção a conduta real das pessoas e, para tanto, os conceitos científicos que refletem situações reais devem, na maior medida possível, ser concebidos com base na realidade.

Neste sentido, é lícito afirmar que o Direito no mais das vezes destaca elementos da realidade aos quais atribui significação jurídica, desprezando os demais elementos, e o faz através de valorações – a própria escolha dos elementos que possuem relevância já é um ato de valoração –, uma decisão de aplinar particularidades para que a generalização possa seguir em seu caminho.

Como já referido, os conceitos e categorias serão ainda mais úteis se suas definições puderem bem expressar esses dados da realidade (ou condicionantes naturais) e essas valorações.

E essa é a questão da medida dos conceitos e categorias jurídicas: o que deve ser contemplado nos conceitos e categorias jurídicas?⁴¹

A diferença está apenas na técnica jurídica de eficácia de tais direitos, intimamente relacionada a seus mecanismos de publicidade: enquanto os direitos reais necessitam se tornar públicos para serem constituídos (seja pela posse de bens móveis seja pelo registro público de bens imóveis), razão por que são todos oponíveis *erga omnes*, os direitos de crédito não dependem da publicidade para sua validade, sendo relativos apenas às partes contratantes.

Tanto é assim, que a moderna doutrina civilista tende a eliminar a distinção entre situações jurídicas reais e situações jurídicas de crédito. Entende-se que, entre elas, não haja características distintivas, mas apenas **aspectos** acidentais. No direito privado contemporâneo, Pietro Pierlingieri propõe o abandono da visão individualista do sujeito de direito e propõe uma concepção da relação jurídica como um *centro de interesses cuja correlação seja de cooperação e colaboração*⁴².

Fica, portanto, demonstrado que os direitos reais e os direitos pessoais não são categorias estanques do direito civil. Ensiná-los como se fossem conceitos completamente distintos, dentro da sistemática civilista, não corresponde mais à natureza jurídica de cada qual. Pelo contrário, trata-se de uma classificação apenas com o fito de distinguir o grau de eficácia de cada um desses direitos.

Certamente, ainda resta utilidade em distinguir um ou outro, com o propósito de destacar as consequências legais que cada classificação jurídica é

⁴¹ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p.p. 112-113.

⁴² PIERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovene Editore, 1971, p.p. 98-102.

capaz de trazer. Entretanto, como este artigo pretendeu deixar claro, o conceito de ambos não pode ser compreendido como categorias próprias e independentes, como a leitura manualesca ainda hoje poderia sugerir no direito civil.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, vol. I. 11.^a ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- ANDRADE, Maria Rosa de; NERY Jr., Nelson. **Instituições de direito civil: Registros, notas e prova documental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BRASIL. **Código Civil** (2002).
- BRASIL. **Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991**.
- CARDOSO, Patrícia Silva. **O contrato e os terceiros: uma releitura do princípio da relatividade**. Curitiba: CRV, 2015.
- CHAMOUN, Ebert. **Exposição de motivos do esboço do anteprojeto do Código Civil – Direito das coisas**. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 20, p.p. 225-239, abr./jun. 2019.
- DEMOGUE, René. **Les Notions fondamentales de Droit Privé**: Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations. Paris: Arthur Rousseau, 1911.
- FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Rio Grande do Sul: Editora UNISINOS, 2007.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21.^a ed. rev. e atual. pelo Min. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. Trad. Luiz Ernani Fritoli e rev. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria geral dos direitos reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. I**. Atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 30.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. III**. Atual. por Caitlin Mulholland. 19.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. IV**. Atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, 25.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PIERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovene Editore, 1971.
- PUGLIESE, Giovanni. **Res corporales, res incorporales e o problema do direito subjetivo in Revista QVÆSTIO IURIS**, Rio de Janeiro, vol. 11, n.º 13, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/36261>>. Acesso em 17.8.2019.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2.^a ed. trad. por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1967.

CAPÍTULO 19

QUAIS AS HIPÓTESES E EFEITOS JURÍDICOS DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE SOBRE IMÓVEIS HIPOTECADOS?

*Heloísa Bagatin Cardoso
Robson Fumagali*

INTRODUÇÃO

O Estado defende a livre iniciativa e a liberdade econômica, permitindo que o setor privado promova relações negociais por intermédio da celebração de contratos, e a lei fornece sistemas de garantias para assegurar o adimplemento das obrigações e, também, formas de cobranças judiciais e extrajudiciais nos casos de descumprimento.

Todavia, há determinadas circunstâncias em que o legislador e os Tribunais por interpretação hermenêutica permitem o afastamento de garantias espontaneamente oferecidas pelo devedor em relações contratuais, restringindo a autonomia da vontade e a liberdade econômica dos contratantes, em respeito a princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal.

O presente artigo faz uma breve reflexão acerca das hipóteses de declaração de impenhorabilidade sobre imóveis hipotecados e quais os possíveis efeitos jurídicos processais e em relação a garantia perante o credor e terceiros.

1. DA HIPOTECA

A hipoteca é um direito real de garantia, podendo ser convencional ou legal. Quando estabelecida entre os contratantes, o proprietário indica determinado bem para satisfazer a obrigação assumida no contrato principal em caso de inadimplência, desde modo, a hipoteca possui caráter acessório. Além do mais, conforme o art. 1.473, do Código Civil, podem ser objetos de hipoteca os bens imóveis e seus acessórios, estradas de ferro, navios, aeronaves, entre outros.

A posse do objeto hipotecado permanece com o proprietário até a execução da garantia pelo credor, a fim de proceder a alienação forçada do bem, seja de forma judicial ou extrajudicial, e utilizar o produto da alienação para satisfazer o crédito garantido, observando-se a ordem de preferência das hipotecas, nos termos do art. 1.478, do Código Civil.

Por se tratar de garantia real de obrigação, com base no art. 1.227, do Código Civil, a hipoteca precisa necessariamente ser registrada no cartório do imóvel ou no órgão competente para surtir os efeitos legais. Em resumo¹, são características das garantias reais: *i*) a oponibilidade perante terceiros com eficácia *erga omnes*; *ii*) a observância do princípio da aderência ou inherência, ou seja, o direito real de garantia passa a se vincular ao objeto; e, por consequência, *iii*) o credor tem a possibilidade de sequela em relação ao bem independente da titularidade da propriedade; *iv*) além de deter preferência de crédito em relação a outras garantias reais mais novas ou de natureza pessoal.

Os requisitos da garantia real subdivide-se em três, sendo eles, os requisitos subjetivos e os requisitos objetivos indicados no art. 1.420 do Código Civil e os requisitos formais previstos no art. 1.424 do Código Civil: *i*) os requisitos subjetivos estão atrelados a pessoa de quem oferece o bem em garantia; *ii*) os requisitos subjetivos estão vinculados à coisa oferecida em garantia; e, *iii*) os requisitos formais são aqueles inerentes a formalização do contrato, suas especificações e as descrição do valor tomado, prazo de vigência do contrato, taxas de juros, se houver, e dados da coisa oferecida.

A hipoteca corresponde a um instrumento de garantia amplamente utilizado pelo sistema de financiamento imobiliário e de concessão de crédito, por trazer maior segurança jurídica ao credor e, com isso, reduzir os riscos de possível insolvência do devedor.

2. DA PENHORA E DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE

No caso de inadimplência, o credor com garantia real poderá propor ação de execução e a penhora recairá inicialmente sobre o objeto dado em garantia, com base no §3º, do art. 835, do Código de Processo Civil.

A garantia hipotecária não impede a alienação convencional da coisa, com fulcro no art. 1.475, do Código Civil, mas é a partir do ato da penhora que o bem fica indisponível para alienação ou oneração. Nas palavras de MARINONI E ARENHART: “*A penhora é procedimento de*

¹ CARVALHINHO, Diana Gomes. Direitos reais: noções gerais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6995>. Acesso em: 8 set. 2021.

*segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida”.*²

Ocorre que o legislador para salvaguardar direitos fundamentais, em especial os esculpidos no art. 5º, da Constituição Federal, como respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, proteção a família e a sua manutenção, proteção da moradia, estímulo ao trabalho, estabeleceu algumas espécies de restrições de responsabilidade patrimonial do devedor, para afastar determinados bens do ato de penhora, e impedir a alienação forçada destes, a fim de garantir um patrimônio mínimo ao devedor.³

No geral, a impenhorabilidade de determinado bem precisa ser declarada pelo magistrado no processo de execução ou em ação própria para retirá-lo da órbita do patrimônio passível de expropriação, tendo em vista que, *a priori*, todos os bens do devedor respondem pelas suas dívidas, salvo as restrições previstas em lei (art. 789, CPC).

Regra geral, quando o devedor oferece espontaneamente o imóvel em garantia hipotecária, ele está individualizando para o credor o patrimônio que irá responder pelas obrigações do contrato principal e, por consequência lógica, não poderia ser declarado como impenhorável.

Entretanto, existem ao menos duas hipóteses que configuram exceções à regra, cuja jurisprudência dos Tribunais Superiores entende ser possível a declaração de impenhorabilidade mesmo que o devedor tenha ofertado o bem em garantia hipotecária.

2.1. Impenhorabilidade do bem de família

A família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado (art. 226, da CF). Desse modo, o domicílio e moradia da família precisam ser protegidos para garantir o mínimo de dignidade. Assim, o art. 1º da Lei nº 8.009/90, estabelece que é impenhorável o imóvel residencial para responder por dívidas de natureza civil, comercial, fiscal e previdenciária, salvo as hipóteses legais.

² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Execução. 3ª Ed, RT. p. 258.

³ Sobre a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo de Luiz Edson Fachin: “Aponte-se que a garantia de um patrimônio mínimo, a exemplo do que ocorre com o denominado “bem de família”, não afeta direta e necessariamente o direito material de crédito propriamente dito, mas sim retira bem (ou bens) da órbita da executoriedade. Trata-se, por assim dizer, de uma causa elisiva, que não impugna a regra segundo a qual o patrimônio (leia-se, pois, patrimônio disponível) do devedor é a garantia do credor. Sabe-se que as relações entre sujeitos de direito, muito frequentemente, geram direitos e, também, obrigações, cujo cumprimento é assegurado, em virtude de lei, pelo patrimônio do devedor. Tem-se no patrimônio do obrigado uma garantia genérica da satisfação do interesse do credor, no âmbito da seara contratual ou extracontratual. Isso porque o patrimônio do devedor responderá por todas as suas dívidas. Mas, será mesmo todo o patrimônio afetado para esse fim?” (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-74.).

Entre as ressalvas da oponibilidade da impenhorabilidade elencada na Lei 8.009/90, estão aquelas descritas no art. 3º, em especial para o presente debate a elencada no inciso V que aponta a “[...] execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou entidade familiar.”

A despeito da legislação estabelecer que é possível a penhora de bem de família hipotecado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a constrição somente pode ser realizada se o crédito tomado se reverteu em benefício da própria entidade familiar, pois, caso a garantia real tenha sido prestada em prol de dívida de terceiro ou por sócio de pessoa jurídica, sem beneficiar a família diretamente, admite-se o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, mesmo oferecido em garantia real.

Neste sentido é o atual precedente da Corte Superior, acerca da penhora de bem de família oferecido em hipoteca e, inclusive, com distribuição do ônus da prova diferenciada acerca do emprego do crédito a depender da formação do quadro societário da empresa:

“[...] 3. Acerca da possibilidade ou não de penhora do bem de família, quando dado em garantia de dívida por sócio da pessoa jurídica devedora, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o seguinte entendimento: “a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos” (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe de 07/06/2018). 4. Na hipótese, a Corte de origem consignou que o empréstimo foi firmado pelo recorrente, que é agricultor, e por sua esposa, com o objetivo de promover o custeio da lavoura de laranja, estando configurada, assim, situação em que o débito reverteu em favor da entidade familiar, afastando a impenhorabilidade do imóvel em questão. [...]”

(STJ - AgInt no REsp 1718322/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 03/12/2019) (grifos e destaque nossos)

Portanto, no STJ, é pacífica a tese de que “*A impenhorabilidade do bem de família hipotecado não pode ser oposta nos casos em que a dívida se reverteu em proveito da entidade familiar.*”⁴ A contrário sensu, quando o crédito não é revertido em benefício da família, declara-se a impenhorabilidade do bem.

⁴ STJ. Jurisprudência em Teses – nº 44. Acesso em: 08 set 2021. Disponível em <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%EDlia.pdf>

2.2. Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Rural

A pequena propriedade rural trabalhada ou explorada pela família também é protegida pela regra da impenhorabilidade, consoante o art. 5º, XXVI da Constituição Federal e art. 833 inciso VIII, do Código de Processo Civil, com o escopo de salvaguardar a atividade agrária como geradora de alimentos para a nação e de sustento econômico familiar aos pequenos produtores rurais.

Em que pese haja divergências de alguns ministros no sentido de relativizar a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, o posicionamento majoritário dos Tribunais Superiores é de reconhecer a natureza absoluta da regra, reconhecendo ser ela inafastável até mesmo pela vontade das partes. Confira-se:

“[...] 5. A ausência de comprovação de que o imóvel penhorado é explorado pela família afasta a incidência da proteção da impenhorabilidade.

6. Ser proprietário de um único imóvel rural não é pressuposto para o reconhecimento da impenhorabilidade com base na previsão do art. 833, VIII, do CPC/2015. A imposição dessa condição, enquanto não prevista em lei, é incompatível com o viés protetivo que norteia o art. 5º, XXVI, da CF/88 e art. 833, VIII, do CPC/2015.

7. A orientação consolidada desta Corte é no sentido de que o oferecimento do bem em garantia não afasta a proteção da impenhorabilidade, haja vista que se trata de norma de ordem pública, inafastável pela vontade das partes.

8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico e a demonstração da similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmáticos.[...]

(STJ - REsp 1913236/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021) (grifos e destaque nossos)

Neste sentido também vem se inclinando o Supremo Tribunal Federal, onde, em recente julgamento, reconheceu que a pequena propriedade rural, assim constituída, é um bem indisponível em virtude do seu caráter de garantia fundamental à manutenção e a segurança mínima do grupo familiar.

PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 5º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. As regras de impenhorabilidade do bem de família, assim como da propriedade rural, amparam-se no princípio da dignidade humana e visam garantir a preservação de um patrimônio jurídico mínimo.

2. A pequena propriedade rural consubstancia-se no imóvel com área entre 01 (um) e 04 (quatro) módulos fiscais, ainda que constituída de mais de 01 (um) imóvel, e que não pode ser objeto de penhora.

3. A garantia da impenhorabilidade é indisponível, assegurada como direito fundamental do grupo familiar, e não cede ante gravação do bem com hipoteca.

4. Recurso extraordinário não provido, com fixação da seguinte tese:

“É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização”. (grifos e destaques nosso)

(STF - ARE 1038507, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 12-03-2021 PUBLIC 15-03-2021)

Importante ressaltar que a Constituição Federal não recepcionou o artigo 649, X, do CPC/1973, com o texto conferido pela Lei 7.513/86, que fazia ressalva acerca da possibilidade de hipoteca para fins de financiamento agropecuário. Por tal motivo, a Lei nº 11.383/2006 alterou a redação para suprimir a exceção de oferecimento em hipoteca da pequena propriedade rural.

Diante deste prisma apontado pelas Cortes Superiores, o atual posicionamento majoritário é no sentido de reconhecer que a pequena propriedade rural, assim constituída, trabalhada ou explorada pela família, está revestida de proteção constitucional e esta *“garantia da impenhorabilidade é indisponível, assegurada como direito fundamental do grupo familiar, e não cede ante gravação do bem com hipoteca”*⁵.

3. OS EFEITOS JURÍDICOS DA DECLARAÇÃO DE IMPENHORABILDADE DO BEM

Dentre os efeitos jurídicos decorrentes da declaração de impenhorabilidade do bem, *a priori*, ressalta-se a baixa e o cancelamento da penhora e de seu registro junto ao cartório de registro de imóveis ou ao órgão competente.

A controversa a respeito deste ponto repousa nos efeitos que a declaração de impenhorabilidade do bem gera na garantia real sobre ele registrada.

Atualmente o STJ vem reconhecendo o direito de impenhorabilidade tanto do bem de família quanto da pequena propriedade rural como acima demonstrado, mas, vem mantendo a eficácia da garantia real registrada sobre o bem impenhorável tendo por fundamento o princípio da boa-fé objetiva, dando azo a livre pactuação e vontade das partes.

Segundo relata PINTO⁶, os efeitos gerados com a contratação de uma garantia real se dividem em cinco, sendo eles: o privilégio, a sequela, a excussão, a indivisibilidade e o vencimento antecipado da obrigação garantida.

⁵ STF. Jurisprudência – ARE 1038507 - Tema 961 - Acesso em: 16 set 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=A%20garantia%20da%20impenhorabilidade%20%C3%A9%20indispon%C3%ADvel&sort=_score&sortBy=desc

⁶ PINTO, Reginaldo Leandro. Direito Reais de Garantia. Acesso 26 fev. 2022. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51992/direito-reais-de-garantias>>.

- Privilégio - os credores com garantia real têm direito de receber em certa ordem quando concorrem com credores que não tem garantia.
- Sequela - quando o bem que é objeto de garantia real é transmitido para um terceiro, ele continua afetado ao cumprimento da obrigação garantida.
- Excussão - consiste na execução judicial ou extrajudicial da dívida garantida, o bem será apreendido e alienado de forma judicial ou extrajudicial, e, com o dinheiro proveniente da alienação o credor será pago.
- Indivisibilidade - a garantia abrange todo o bem oferecido, mesmo que haja o pagamento parcial da dívida, sendo que a garantia pode ser contratada sob parte da coisa oferecida, desde que tal condição esteja expressa no instrumento.
- Vencimento antecipado da obrigação garantida - pode ser exigida antes do vencimento, quando há falência ou insolvência do devedor, ou deterioração do objeto, sem que este seja substituído ou reforçado a garantia pelo devedor.

Como já pontuado, o direito real de garantia se fundamenta na possibilidade do credor se valer do bem ofertado para, em caso de inadimplência, promover a alienação forçada da coisa e com o produto da alienação receber seu crédito.

Dentre os requisitos de eficácia e validade de uma garantia real, estão os requisitos subjetivos atrelados a pessoa de quem oferece o bem e os requisitos objetivos vinculados à coisa ofertada.

Neste diapasão, a respeito do posicionamento apresentado pela Corte Superior a respeito da validade e eficácia da garantia real atrelada a um bem impenhorável, observa-se que a Corte vem levando em conta apenas os requisitos subjetivos de validade da garantia que estão ligados à pessoa que oferece a coisa, deixando de lado a análise do requisito objeto que se vincula à coisa ofertada.

Ao debater a respeito do requisito objetivo da garantia real, MELO⁷ pontua o seguinte:

O requisito objetivo responde à pergunta sobre o que poderá ser dado em garantia real, e a resposta é que somente bens alienáveis poderão servir com objeto de um direito real de garantia, ou, em outras palavras, somente bens que podem ser alienados em eventual execução forçada ou em venda amigável autorizada, poderão ser dados em garantia. O contrato que preveja como garantia um bem inalienável é absolutamente ineficaz. (grifos e des taques nosso)

⁷ DE MELO, MARCO AURÉLIO BEZERRA, Código Civil comentado - doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1066/1067.

Pela análise do jurista, um “*contrato que preveja como garantia um bem inalienável é absolutamente ineficaz.*”

Este apontamento reflete a lógica que, se a coisa ofertada não pode ser objeto de alienação forçada para solver a dívida por ela garantida, esta coisa seria imprópria para este fim.

A decisão que declara a impenhorabilidade do bem possui efeitos *ex tunc*, ou seja, alcança atos promovidos no passado e reflete seus efeitos para o futuro, com a possibilidade de cancelamento da hipoteca no registro da matrícula do imóvel, com base no art. 205, I c/c art. 251, II, da Lei 6.015/73, e consequentemente, com eficácia *erga omnes*, uma vez que produz efeitos para além das partes envolvidas no processo judicial.

Diante desta ótica seria de extrema importância a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a impenhorabilidade do bem, posto ao fato de que, se ao tempo da contratação este bem já possuía a condição de impenhorável por força da Lei, estariamos diante de uma ineficácia estrutural do contrato, pois a coisa ofertada seria imprópria para tal fim pela impossibilidade de sua alienação forçada - requisito objetivo de validade da garantia real - sendo ato nulo de pleno direito, como preceitua o art. 166 incisos II parte *b* e VI, do Código Civil.

Ao definir os reflexos da ineficácia estrutural de uma relação jurídica, HUMBERTO THEODOR JUNIOR, assim dispõe:

Quando o negócio não produz os efeitos dele esperados por vício de estrutura (...) a ineficácia incide ab origine impedindo a configuração de uma relação idônea. Surge a ideia de nulidade, como inaptidão para produzir regularmente os efeitos jurídicos.⁸ (grifos e destaque nossos)

Diferente modo seria o caso onde ao tempo da contratação a coisa oferecida em garantia real não possuía tal *status* protetivo, vindo a adquiri-lo posteriormente. Neste caso o reconhecimento da impenhorabilidade teria efeito *ex nunc* e eficácia *inter partes*, pois retiraria do credor a possibilidade de expropriação forçada da coisa, gerando apenas uma ineficácia funcional do contrato, ou seja, a garantia real permaneceria, inclusive com seus efeitos de sequela ou de preferência legal do bem em eventual alienação, pois no momento da contratação estariam presentes todos os requisitos de eficácia e validade da garantia real. Desta forma, em que pese a impossibilidade de expropriação do imóvel nos autos em que foi declarada a impenhorabilidade, não caberia o cancelamento do registro da hipoteca na matrícula do imóvel e os demais efeitos da garantia permaneceriam válidos.

⁸ JÚNIOR THEODORO, HUMBERTO. Negócio jurídico – Inexistência, invalidade e ineficácia – Diversidade de consequências jurídicas. Acesso em 26 fev. 2022. Disponibilizado em: http://genjuridico.com.br/2019/12/23/negocio-juridico-inexistencia-invalidade/#_ftn9

Sobre a ineficácia funcional das relações jurídicas, preceitua HUMBERTO THEODOR JUNIOR⁹ que:

Quando o negócio, sem vício de estrutura, perde a adequação para atender a função que o negócio originariamente teve como fonte da relação idônea e, por isso, se torna propenso a contrariar sua função econômico-social, ocorrem como causas de ineficácia funcional. (grifos e destaque nossos)

Com isso observa-se que, para se apurar a real eficácia e validade de uma garantia real gravada sobre um bem posteriormente reconhecido como sendo impenhorável por força da Lei, deve-se ter por base todos os requisitos de validade da garantia real - objetivo, subjetivo e formal - e, modulando os efeitos da decisão que reconhece tal proteção, analisar se a garantia real seria ou não nula de pleno direito tendo por base o caso concreto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o sistema de garantias contratuais serve para abalizar e trazer segurança jurídica aos negócios particulares, porém em algumas situações excepcionais a autonomia da vontade pode ser afastada em prol de princípios fundamentais. Assim, o presente artigo procurou identificar as hipóteses e tecer breves considerações sobre os efeitos jurídicos da declaração de impenhorabilidade sobre imóveis hipotecados.

As Cortes Superiores entendem que é possível a declaração de impenhorabilidade do imóvel com garantia hipotecária em dois casos: *i*) bem de família oferecido em contrato de pessoa jurídica, quando o valor do financiamento não for revertido em benefício da entidade familiar; *ii*) pequena propriedade rural, quando trabalhada ou explorada pela família.

Na declaração de impenhorabilidade do imóvel hipotecado é possível analisar se há ineficácia estrutural, por invalidade da garantia desde a origem, com efeito *ex tunc* e *erga omnes* e anulação da hipoteca no registro na matrícula do imóvel, ou se há ineficácia funcional, por invalidade no curso da relação jurídica, com efeito *ex nunc* e *inter partes*, mantendo o registro da hipoteca e na matrícula do imóvel e os demais efeitos da garantia real, como o direito de sequela e preferência do credor quando da alienação do imóvel.

REFERÊNCIAS

CARVALHINHO, Diana Gomes. Direitos reais: noções gerais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 739, 14 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6995>. Acesso em: 8 set. 2021.

⁹ Ibidem 10

DE MELO, MARCO AURÉLIO BEZERRA, Código Civil comentado - doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1066/1067.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-74.

JÚNIOR THEODORO, HUMBERTO. Negócio jurídico - Inexistência, invalidade e ineficácia - Diversidade de consequências jurídicas. Acesso em 26 fev. 2022. Disponibilizado em:

http://genjuridico.com.br/2019/12/23/negocio-juridico-inexistencia-invalidade/#_ftn9

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Execução. 3^a Ed, RT. p. 258.

PINTO, Reginaldo Leandro. Direito Reais de Garantia. Acesso 26 fev. 2022. Disponibilizado em: <<https://jus.com.br/artigos/51992/direito-reais-de-garantias>>.

STF. Jurisprudência - ARE 1038507 - Tema 961 - Acesso em: 16 set 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=A%20garantia%20da%20impenhorabilidade%20%C3%A9%20indispon%C3%ADvel&sort=_score&sortBy=desc

STF - ARE 1038507, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 12-03-2021 PUBLIC 15-03-2021

STJ. Jurisprudência em Teses - nº 44. Acesso em: 08 set 2021. Disponível em <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%A9ncia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%20d%C3%ADa.pdf>

STJ - REsp 1913236/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021

STJ - AgInt no REsp 1718322/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 03/12/2019

CAPÍTULO 20

O PLANO DE AUTONOMIA DO GOVERNO DO MARROCOS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO SAARA OCIDENTAL

Marina Pantoja

O desenvolvimento social e econômico de qualquer Estado depende, antes de tudo, da parceria público-privada proposta pelos agentes estatais aos setores da economia responsáveis por áreas estratégicas ligadas à educação, emprego, alimentação e infraestrutura.

Existem áreas em nosso globo terrestre que são estratégicas para toda a humanidade seja por suas características geográficas e geológicas, ou pela importância de sua preservação ambiental.

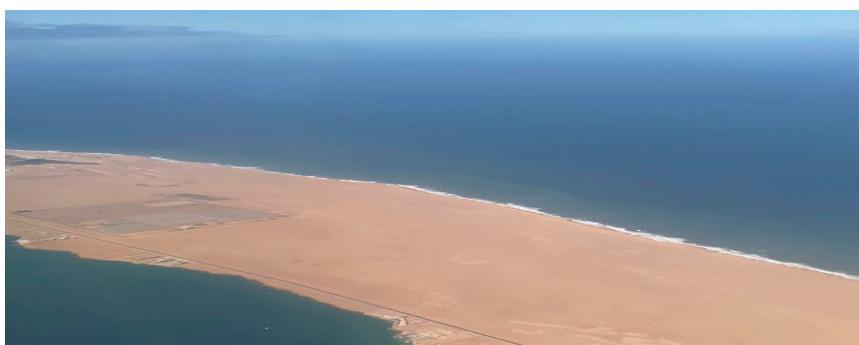
O deserto esconde em suas areias e vasta superfície desocupada o cenário ideal para investimentos em setores comerciais, sociais, ambientais e intelectuais que refletirão em toda a humanidade, se considerado o potencial de exportação de produtos específicos dessas localidades. É o caso da região do Saara Ocidental, e em especial a península onde fica localizada a cidade de Dakhla, sul do Marrocos.

Empresas multinacionais instaladas nessa região atuam como verdadeiros protagonistas do desenvolvimento social, através da criação de empregos, programas para a empregabilidade de jovens e, também, a construção de escolas profissionalizantes para formar os profissionais do futuro, que atuarão nos centros de decisão da região.

Com uma localização geográfica favorável, que funciona como polo regional nos portões da Europa e África, a área do Saara Ocidental possui extensão territorial de 266. 719 Km², localizada em território marroquino. Podendo ser considerada como uma das economias mais atraentes e competitivas do continente africano, Dakhla Oued Eddahab (aqui também citada como Dakhla O. E.) ocupa o 53º lugar entre 190 economias no relatório *Doing Business 2021* do Banco Mundial, tendo subido três pontos nos últimos três anos, destacan-

do-se como uma das poucas economias que experimentaram desenvolvimento positivo durante a crise do COVID 19.

Quanto à sua importância, a península possui litoral de quase 667 Km no oceano Atlântico, com uma baía de 400 Km², sendo, assim, uma das áreas mais ricas em peixes do reino do Marrocos, e potencialmente uma das mais ricas do mundo, com capacidade anual de cerca de 600.000 toneladas de peixes, criando cerca de 40.000 empregos na pesca marítima¹.



A exportação desses produtos é realizada, atualmente, através da estrutura do Porto ILOT, implementado no interior da baía Oued Eddahab, com acesso garantido através de uma ponte de 1.500 metros de comprimento, que liga a cidade ao porto.

O porto ILOT é um domínio portuário industrial que se estende por uma área de cerca de 300 hectares, incluindo lotes delegados a empresas privadas sob licenças de ocupação temporária no domínio público, a fim de aumentar a capacidade de armazenamento de peixes congelados da cidade, além de depósitos de hidrocarbonetos, lojas e outras atividades portuárias relacionadas.

Dentre as atribuições do porto ILOT, atualmente operante na cidade de Dakhla, consta a manutenção da zona livre de 13 hectares destinada ao exercício de atividades comerciais e industriais sob controle aduaneiro; uma área de depósitos refrigerados, outra de indústrias de processamento relacionadas à pesca, incluindo, ainda, uma grande estrutura destinada ao armazenamento de petróleo em grandes quantidades, com depósitos específicos que contêm estrutura adequada para garantir a segurança para essa atividade de alto risco. As atividades aqui listadas são apenas algumas das principais estratégias para

¹ Como exemplo, empresa King Pelagique Group que, além de empregar número expressiva da mão de obra local, mantendo programas de inserção social, exporta toneladas de sardinhas para o mundo inteiro, inclusive para a empresa brasileira GDC Alimentos S/A (Gomes da Costa).

o desenvolvimento das atividades do porto e melhoria do acesso aos mercados de toda África.

A implementação da estrutura do Porto ILOT resultou em um desenvolvimento significativo de sua atividade de tráfego, observada entre os anos de 2016-2020, como, por exemplo, o aumento de cargas contendo hidrocarbonetos (2016 : 218462 a 2020, 221402); clinquer e gesso (2016 :0 a 2020: 33 243) e atividade de pesca de alto mar (2016 :12339 a 2020 : 2351).

Quanto, ainda, ao novo Porto Atlântico de Dakhla, localizado a 45 km ao Norte da cidade de Dakhla, o projeto visa reforçar as estruturas pesqueiras, promoção de vilas de pescadores, além de indústrias de frutos do mar. A inauguração do porto está prevista para 2030.

A proposta de construção de um novo porto, com proporções mais ambiciosas que o primeiro, é apoiar o desenvolvimento econômico, social e industrial regional em todos os setores produtivos (pesca, agricultura, mineração, energia, turismo, comércio, indústrias manufatureiras, dentre outras), garantindo à região uma ferramenta logística moderna e escalável, proporcional às suas ambições de desenvolvimento, melhorando a empregabilidade da mão de obra local.

O investimento governamental em portos na região de Oued Eddahab é essencial para oferecer condições de competitividade ao setor pesqueiro, além de garantir acesso de qualidade aos navios estrangeiros que possuam acordos comerciais com a região.

É fato que o largo acesso ao oceano atlântico resulta, necessariamente, em uma vantagem inigualável ao setor pesqueiro e às indústrias e demais trabalhadores marítimos que optam por se instalar na região de Dakhla O.E.

O setor pesqueiro possui importância fundamental na região que, além do acesso ao aceno atlântico, possui vasta superfície de terra firme apropriada para implantação de portos e áreas de armazenamento de peixes, além de produtos necessários à pesca de alto mar e industrial.

Outros setores também merecem destaque como peças-chave para o desenvolvimento social e econômico da região. É assim que o investimento em infraestrutura para a agricultura é realidade no Saara Ocidental. Fazendas de plantio de tomate e mirtilo figuram dentre as que mais ofertam trabalho para população local.

Outros setores, como o de aquicultura, também se desenvolvem bem na região, pois além de espécies marítimas que possuem alto valor agregado no mercado internacional, como a de palourdes², atualmente cultivada pela empresa Azura, estarem adaptadas ao ecossistema local, facilitando, inclusive, o

² Trata-se de nome conferido a moluscos de várias espécies, que normalmente têm destinação gastronômica de alto valor agregado (www.gastronomiac.com).

transporte de água oceânica e algas marinhas para a criação e alimentação dos animais, a preservação ambiental também incentiva o cultivo saudável, sem a necessidade de utilização de antibióticos.

A energia eólica figura, igualmente, dentre uma das frentes de investimento na região. A empresa americana Soluna Technoligies LTDA, por exemplo, planeja implementar um parque de 11.000 hectares (espaço livre que é tesouro na cidade de Dakhla), através de um investimento que trará para a região uma média de 2 milhões e meio de dólares, além da criação de milhares de postos de trabalho com empregabilidade garantida para a população local³.

A exploração da fonte solar é outro investimento em energia limpa que encontra bom território para desenvolvimento na região de Dakhla O.E. As vastas áreas inabitadas e os ventos que atingem até 60 km/h incentivam a criação de energia renovável, tendência global para a preservação ambiental.

Várias empresas que atuam em setores de pesca e agricultura, por exemplo, com programas de incentivo do governo marroquino, já trabalham com a autoprodução de energia limpa. A proposta é que toda a energia consumida pela empresa provenha de seu próprio investimento que, por sua vez, requer a captação de profissionais da área de engenharia elétrica, ambiental, alimentar e industrial. É assim que o governo do Marrocos, ao incentivar a criação de energia renovável, atua diretamente no fomento do desenvolvimento social local⁴.

A extração de fosfato, encabeçada pela multinacional marroquina Grupo OCP Fosfato, que exporta fertilizantes para o mundo inteiro e possui filiais nos Estados Unidos, além de representação no Brasil, possui atualmente cerca de 78% dos novos contratos de trabalho da população do Saara Ocidental, incluindo os postos de dirigentes, estes na proporção de 19% advindos da mesma região.

O Grupo OCP fosfato é atualmente a empresa transnacional com maior impacto nas condições econômicas e sociais locais e, por isso mesmo, a que possui maior responsabilidade social. A parceria entre o governo do Marrocos com a empresa tem o intuito da criação de programas sociais aplicados na região do Saara Ocidental. Tais programas pretendem viabilizar o acesso ao mercado de trabalho da população local, além de implementar programas que são típicos do Governo, como a empregabilidade de jovens. O sucesso de tais programas dependem da sinergia entre governos e grandes empresas.

Com posicionamento estratégico para atuar como portão da África, Dakhla possui mais de 55 acordos de livre comércio, incluindo o tratado sobre a criação da ZLECAF, para criar o “MERCADO ÚNICO AFRICANO”, além da atuação do Reino do Marrocos como um dos maiores investidores

³ <https://atalayar.com/fr> (consulta realizada em 31/03/2022).

⁴ <https://www.mem.gov.ma/pages/secteur.aspx?e=2&spnj=175> (consulta realizada em 31/03/2022).

do continente africano (finanças, energia, Telecomunicações, produtos químicos... etc.).

Acrescentando, ainda, o relatório de desenvolvimento e importância comercial da região de Dakhla O. E., vários acordos de livre comércio com Estados Unidos, União Europeia, Turquia, Egito, entre outros, sublinha o ambiente econômico favorável para prosperidade econômica e estabilidade política que beneficia a população local.

Historicamente, a região sofre com problemas políticos ligados a questões internacionais que, se não bem gerenciados, principalmente no que tange ao interesse da população local, pode gerar prejuízos que ameaçam a estabilidade econômica, financeira e social a longo prazo. Assim, o plano de investimento do governo do Marrocos propõe, no que tange as várias áreas de investimento, planos estratégicos que, interligados, englobam vários setores ligados ao desenvolvimento econômico e social.

Empresas multinacionais instaladas na região atuam como verdadeiros protagonistas do desenvolvimento social, através da criação de empregos, programas para a empregabilidade de jovens e escolas profissionalizantes para formar os profissionais do futuro, que atuarão nos centros de decisão da região.

O desenvolvimento social, de onde se associa a qualidade de vida oriunda do pleno emprego, da saúde, educação e infraestrutura passa, necessariamente, por programas governamentais bem implementados e com parceiros qualitativos.

A região do Saara Ocidental, a despeito dos problemas históricos vividos, apresenta, atualmente, grandes projetos ligados ao desenvolvimento econômico que impactam, necessariamente, no desenvolvimento social.

O bem-estar gradativo da população local exige, antes de tudo, um governo sólido, que age juntamente com as empresas para proporcionar, através de programas realistas e pragmáticos, planos para o aumento da ocupação laboral da população local através do pleno emprego e da educação de qualidade. Nesse contexto, o plano de autonomia marroquino apresenta os melhores sinais de um governo probo e eficiente, que trata com seriedade questões delicadas e encontram sua melhor solução na proteção civil, social e econômica da população⁵.

Muitos programas estão em plena execução para o melhor aproveitamento da região e qualidade de vida dos marroquinos. O Reino do Marrocos, através de parcerias público-privadas e da implementação de programas efetivos, envolvendo empresas locais e multinacionais localizadas na região, traz os holofotes dos investidores internacionais para essa área que, por sua preservação ambiental e baixa ocupação - 40% da população do Saara ocidental vive atualmente em El Aiune -, mantém em Dakhla O.E. o tesouro para a entrada no mercado africano.

⁵ <https://medias24.com/2022/03/22/sahara-voici-ce-que-dit-le-plan-marocain-dautonomie-base-dunefuture-solution/> (consulta realizada em 31/03/2022).

CAPÍTULO 21

ZENO VELOSO E O DIREITO CIVIL: BREVES REFLEXÕES SOBRE ALGUMAS DE SUAS CONTRIBUIÇÕES

Marcelo L. F. de Macedo Bürger

1. ZENO VELOSO: “UM JURISTA COM J MAIÚSCULO”

Zeno Veloso dispensa qualquer referência, bastando citar na abertura deste texto que não lhe faltaram, e não faltam, homenagens. Ainda em vida recebeu reverência e homenagem daqueles que, permita-se a liberdade poética, comporiam o Olimpo dos estudiosos do Direito. Basta verificar que a obra “Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem a Zeno Veloso”, lançada em 2014, contou com contribuições de eméritos juristas brasileiros, dos quais destaco, dentre tantos, cinco gigantes: Giselda Hironaka, Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Marcos Bernardes de Mello e Waldyr Grisard Filho. Mas a magnitude de Zeno Veloso transcendia o território nacional, como prova a obra citada, que contou também com a participação de alguns dos maiores juristas portugueses, professores tanto da Universidade de Lisboa quanto de Coimbra: Eduardo Vera-Cruz Pinto, Jorge Duarte Pinheiro, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho, José de Oliveira Ascensão¹, Menezes Cordeiro e Santos Justos. Os nomes falam por si.

Sua obra se tornou referência obrigatória tanto no Direito Constitucional como no Direito Civil. Pode o leitor incauto acreditar que a produção de Zeno Veloso se concentrou e teve notoriedade na espacialidade do Direito Civil, porém, engana-se. Em pesquisa realizada com base nas decisões proferidas em ADIs pelo Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2012², Zeno Veloso consta como

¹ Por triste ironia do destino, o presente texto foi finalizado na data de 06/03/2022, data que coincide com o falecimento do grande civilista e professor da Universidade de Lisboa, José de Oliveira Ascensão.

² Os resultados da pesquisa podem ser acessados em <https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>.

um dos autores mais citados pela Corte Constitucional, muito em razão de sua obra *Controle Jurisdiccional de Constitucionalidade*, publicada pela editora Del Rey. No Direito Civil, sua produção evidencia como caminhava com tranquilidade por diversos ramos, destacando-se, dentre outros, os há muito consagrados “Testamentos: de acordo com a Constituição de 1988”, “Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade”, “Direito Hereditário do Cônjugue e do Companheiro” e “Direito Brasileiro da Filiação e da Paternidade”.

Mas, se me permitem os leitores, penso que a mais marcante característica de Zeno Veloso não foi impressionante e vasto conhecimento jurídico, mas a personalidade única que a todos cativava. Conheci Zeno na Universidade de Lisboa, quando ainda na graduação, aguardava na fila para pedir um autógrafo à Maria Berenice Dias. Naquele momento, aproximou-se um dos palestrantes do evento³, a questionar minha opinião sobre uma das palestrar. Achei curioso o interesse de um dos palestrantes, que até então não conhecia, na opinião de um mero estudante de graduação. A partir daquele dia, nunca mais perdemos contato, e ouso afirmar que ao longo de uma década de convivência proporcionada especialmente pelo IBDFAM, construímos uma bela amizade. Este era Zeno Veloso: gostava de pessoas, fossem quem fossem, em especial dos estudantes, com quem era sempre generoso, disponível, integrando-os, dialogando e se colocando à disposição para tudo o que estivesse ao seu alcance. Como lembraram Anderson Schreiber e Flávio Tartuce, “Zeno Veloso não foi apenas um jurista ímpar, foi, muito além, um ser humano extraordinário”⁴.

Entre saberes e afeto, bem sintetizou José Fernando Simão: “Zeno era genial. Genial porque era um Jurista (com J maiúsculo)”, “o coração não cabia no peito de Zeno Veloso, simplesmente transbordava. Seu sobrenome era Generoso. Simplesmente abria portas para todos e todas pelo prazer de ver o outro feliz. Sim, altruísmo puro”⁵. Que possamos, com nossas limitações, seguir seu exemplo.

2. ALGUMAS DAS MUITAS CONTRIBUIÇÕES DE ZENO VELOSO

Dada a extensão e profundidade das obras de Zeno Veloso, é missão ingrata tentar selecionar algumas poucas, mas o exige a limitação editorial do

³ Tratava-se da “II Jornadas Portuguesas - O melhor do mundo são mesmo as crianças?”, realizado nos dias 08 e 09 de maio de 2009, no auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e agradeço por toda a vida a Marianna Chaves por aquele evento. Ela sabe por quê.

⁴ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio. Algumas contribuições de Zeno Veloso para o tema da invalidade do negócio jurídico. AASP. Revista do Advogado, n. 151, set. 2021, p. 28.

⁵ SIMÃO, José Fernando. Zeno Veloso não se homenageia, se pranteia... Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 56^a edição, abril/maio 2021, p. 18-20.

presente texto. Adverte-se ao leitor, porém, que as três contribuições abaixo abordadas se devem apenas as preferências pessoais do autor, sem qualquer pretensão de hierarquização.

2.1. Zeno Veloso e a “operatividade” do Direito Civil: a questão do regime jurídico dos animais domésticos

O estudo do Código Civil brasileiro de 2002 perpassa, necessariamente, a análise dos três princípios que orientaram os trabalhos da Comissão Elaboradora do projeto, nomeadamente os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. Nas palavras de Miguel Reale, a *socialidade* faz “prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”, a *eticidade*, que “confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto”. Finalmente, a *operabilidade*, que reconhece que o direito é instrumento para solução de um caso concreto, de modo a ser “indispensável que a norma tenha operabilidade, a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades, que hoje entravam a vida do Código Civil”⁶, ou seja, pretendia a Comissão um Direito Civil menos atrelado a entraves teóricos e mais atento à justa solução do caso concreto.

Zeno Veloso é exemplo do bom uso da operabilidade. Sem nunca descuidar da técnica jurídica, da lógica do sistema e de suas categorias, institutos e figuras, as quais dominava com rara maestria, sabia como poucos direcionar o debate sobre questões difíceis de modo a poder solvê-las de forma mais simples e eficiente. A questão do regime jurídico aplicável aos animais domésticos é prova disso⁷.

O tema dos direitos dos animais é antigo e espinhoso, compondo as reflexões de pensadores como René Descartes, Tomás de Aquino, e, especificamente na espacialidade jurídica, Peter Singer (*A liberdade animal*) e Fernando Araújo (*A hora do direito dos animais*)⁸. Para além das discussões sobre sua natureza jurídica e do estatuto jurídico a eles aplicável, um problema prático passou a ser apresentado nos tribunais brasileiros na última década: as disputas pelos animais domésticos nas ações de divórcio e dissolução de união estável.

⁶ REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil*. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf.

⁷ Sobre o tema, remete-se a CHAVES, Mariana. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? Disponível em: www.ibdfam.org.br.

⁸ Disponível em open acesso em: <https://www.cidp.pt/publication/a-hora-dos-direitos-dos-animaais/178>.

Em apertadíssima síntese, a discussão envolvia a possibilidade, ou não, de se pleitear a guarda e convivência dos animais domésticos. Na antessala desta discussão habita a necessidade de se definir a natureza jurídica de tais animais, se coisas, sujeitos, ou uma categoria jurídica *sui generis*. Zeno Veloso, sempre a frente de nosso tempo, estava entre os defensores da possibilidade de aplicação do regime jurídico do direito das famílias também aos animais domésticos.

Dizia ele: “penso que um juiz sabido, inteligente, humano, usando os princípios gerais de direito ou a analogia, pode, sim, estabelecer a guarda de animais domésticos, seja a guarda unilateral, seja a compartilhada, tomando por base o princípio da afetividade, que, a cada dia mais, cada vez mais, deve reger a vida familiar e definir as questões de família”⁹.

Inobstante a opinião publicada, sabia Zeno Veloso que a questão era polêmica, e que a discussão teórica sobre o tema poderia inviabilizar a solução de casos concretos envolvendo o tema, como, por exemplo, a possibilidade de o Tabelião lavrar escrituras de divórcio e dissolução da união estável regulamentando quem ficaria com o animal doméstico ou como seria a convivência com este.

Em sua genialidade e nos brindando com excepcional exemplo de visão operacional do Direito Civil, ao ser indagado por uma Tabeliã sobre a possibilidade de lavrar tal escritura, optou por não externar sua opinião geral sobre o tema, abstrata, e indicativa de uma aplicação das regras de direito das famílias. Preferiu dar solução sistemática que, simultaneamente, desse segurança à consulente no exercício de sua atividade notarial e solucionasse o problema concreto apresentado pelas pessoas que queriam regularizar a convivência com seu pet, chamada Mel. Optou, portanto, por uma solução operativa.

Especificamente para este caso, respondeu Zeno Veloso que “conforme autorizado pelo artigo 731, I, do Código de Processo Civil, o casal pode, diante da indivisibilidade de Mel, livremente dispor acerca da sua posse. Para tanto, a escritura pública de divórcio, no campo intitulado dos bens do casal, descreverá a Mel e estipulará a divisão de sua posse da forma que o casal acordar, podendo cada qual ter a posse da bichinha por uma semana, alternadamente, ou nos finais de semana, por exemplo. E mais: a guarda de Mel pode ser... compartilhada! Vale lembrar que o casal também pode, livremente, dispor acerca da manutenção do ‘bem’, estipulando quem arcará com as despesas da cachorra, em que proporção, forma de pagamento, etc.”¹⁰.

Eis, aí, uma das tantas lições deixadas por Zeno Veloso: por vezes, é melhor abdicar da convicção acadêmica, teórica, dogmática que se tenha sobre determinado instituto, e optar por aquela que possa, efetivamente e com

⁹ VELOSO, Zeno. “Na separação quem fica com o cachorrinho?”, em *Jornal O Liberal*. Belém, 18 de julho de 2015, Apud CHAVES, Marianna, op. cit.

¹⁰ VELOSO, Zeno. Casal discute sobre cachorro, em *Jornal O Liberal*. Belém, 09 de dezembro de 2017.

segurança, solucionar a questão e atender ao interesse visado pelas partes. Afinal, é o Direito que serve às pessoas, e não estas ao Direito. No ano seguinte (22/05/2018) o tema foi julgado pela Quarta Turma do STJ, tendo-se acolhido a possibilidade de fixação de regime de visitas aos animais domésticos¹¹.

2.2. A controversa questão da concorrência sucessória do cônjuge e a vitória de Zeno Veloso

Um dos temas que mais desafiaram a doutrina nacional a partir da vigência do Código Civil de 2002 foi a interpretação do art. 1.829, I, daquele diploma, sobre a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do falecido. Dispõe o citado artigo: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

A opacidade da redação levou a formulação de ao menos três correntes na doutrina quanto a interpretação do dispositivo¹², especificamente quanto a concorrência do cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens e a extensão desta concorrência.

A primeira corrente, tida por majoritária no citado acórdão e capitaneada por Maria Helena Diniz, sustenta que o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens apenas teria direito à concorrência sucessória com os descendentes do falecido se este houvesse deixado bens particulares, e, fosse este o caso, a concorrência se daria sobre toda a herança, fossem bens comuns ou particulares, o que se daria em razão (i) da unicidade da herança; (ii) da garantia de $\frac{1}{4}$ da herança quando o cônjuge concorrer com filhos comuns; (iii) na condição de herdeiro necessário atribuída ao cônjuge; (iv) na distinção entre meação e herança.

A segunda corrente, defendida por Maria Berenice Dias, advoga a interpretação de que o cônjuge sobrevivente somente terá direito à concorrência sucessória com os descendentes se o falecido não tiver deixado bens particulares, hipótese em que herdaria uma quota de todo o patrimônio deixado, em concorrência com os descendentes.

Por fim, a terceira corrente, capitaneada por Zeno Veloso e que levou a aprovação do enunciado n. 270 das Jornadas de Direito Civil, defende que o dispositivo legal “só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência

¹¹ STJ. Quarta Turma. REsp. 1.713.167/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 22/05/2018.

¹² As três correntes encontram-se sintetizadas no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. n. 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 01/12/2009.

com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquaretos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”¹³.

A posição segue a lógica de que o cônjuge que já foi contemplado com meação sobre determinado bem, não faz justa a outra parcela do mesmo bem, em detrimento dos descendentes. Não por outra razão teria o dispositivo excluído a concorrência sucessória nos casamentos pelo regime da comunhão universal. Em suas palestras, Zeno Veloso repetiu à exaustão por todo o país e mesmo no estrangeiro a expressão que viria esclarecer o tema: “quem herda não meia, quem meia não herda”¹⁴. Para além da lógica interna do art. 1.829, sustentava sua posição na razão histórica (quase uma interpretação autêntica) do artigo, elucidada por Miguel Reale: “tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes”, concluindo, “Daí a ideia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança’ (*História do novo Código Civil*, São Paulo: RT, 2005, p. 229)”¹⁵.

Com a humildade que lhe caracterizava, adiantava Zeno Veloso que a questão não era pacífica, nem unânime, concluindo que “só o futuro dirá qual das posições prevalecerá”¹⁶.

O futuro chegou, e venceu Zeno Veloso, tendo a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidado a posição da Corte no sentido de que “o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus”¹⁷.

2.3. Contributos ao ensino do Direito

Por derradeiro, e de forma sintética, não se pode deixar de destacar a contribuição de Zeno Veloso para o ensino do Direito. Além das lições que transmitiu como professor de Direito Civil e de Direito Constitucional na

¹³ Enunciado 270, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

¹⁴ O próprio Zeno Veloso atribui a autoria da expressão a Cláudio Luís Bueno de Godoy (VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42).

¹⁵ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

¹⁶ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

¹⁷ STJ. Segunda Seção. REsp 1368123/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, julgado em 22/04/2015, DJe 08/06/2015).

Universidade Federal do Pará (UFPA) e na Universidade da Amazônia (Unama), por meio de suas obras publicadas e das centenas de palestras proferidas, Zeno Veloso prestou inestimável contribuição ao ensino do Direito pelo resgate e constante referência aos grandes jurisconsultos do Direito Brasileiro, um do século XIX e um do Século XX, nomeadamente Augusto Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda.

No atual cenário do ensino do Direito no Brasil, lamentavelmente, muitos estudantes deixam os bancos acadêmicos e recebem o grau de bacharel sem conhecer as obras de Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Alguns encerram a faculdade sem sequer ouvir falar nestes autores. Zeno Veloso empenhou-se em estudar e divulgar a obra destes autores.

Além de referencia-los em todas suas obras, publicou um pequeno livro, com 45 páginas, sobre a vida e obra destes dois jurisconsultos. Nele destaca sua revolta com o pouco reconhecimento dado a Teixeira de Freitas. “Se Augusto Teixeira de Freitas tivesse nascido na França, na Itália ou na Alemanha, e no seu tempo, em qualquer um daqueles países, tivesse produzido o que produziu, escrito o que escreveu e criado o que criou, seria consagrado e apontado como um dos maiores e mais fecundos juristas, como um autêntico patrimônio cultural de qualquer dessas nações, famoso, respeitado, conhecido, difundido e repetido, como um Pothier, um Giorgi, um Savigny. (...) Freitas foi jurista, jurista só; e, como jurista, o maior de todos, no século XIX, no Brasil”¹⁸.

Relevar as obras de Zeno Veloso é revisitá-la Consolidação das Leis Civis e o Esboço de Teixeira de Freitas, sempre elogiosamente referenciados.

O mesmo se deu com Pontes de Miranda, sobre quem o próprio Zeno Veloso se referia como “a este autor notável, que venero”¹⁹. O fato de ser um “ponteano” era amplamente reconhecido pela doutrina nacional, como afirmam Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “... a contribuição de Zeno Veloso para a correta compreensão dos planos da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, em consonância com a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda – admirado e divulgado pela obra de Zeno Veloso”²⁰.

Ao escrever sobre o autor Alagoano, Zeno Veloso afirma que “ninguém, no Brasil, como ele, neste século, até hoje, influiu tanto nos Tribunais e na formação da jurisprudência. (...) Pontes conseguiu ser o maior privatista e o maior publicista, neste século, no continente americano. É raríssimo um jurista penetrar nesses dois mundos e com tanta lucidez e eficiência. (...) Sem nenhum exagero, sem a mínima ponta de excesso, posso asseverar, pelo que

¹⁸ VELOSO, Zeno. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: Unama, 2010, p. 9-10.

¹⁹ VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. In: Direito Civil: Temas. Belem: Anoreg/PA, 2018, p. 16.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZIK, Carlos Eduardo. Nulidade e anulabilidade do negócio jurídico na obra de Zeno Veloso. AASP. Revista do Advogado, n. 151, set. 2021, p. 93.

sei e pelo que ouvi dizer dos doutos, inclusive na Alemanha, que Pontes de Miranda, em todo o mundo, foi o jurista que mais produziu, em todos os tempos, no que se refere a comentários de textos legais. (...) É espantoso como um só homem escreveu tanto, e tanto produziu, em diferentes áreas, sobre as mais diversas especializações, e com tanta originalidade, tanta segurança, tanta erudição, exatidão e qualidades tantas. É uma produção gigantesca, ciclópica²¹.

Daí o ensino do Direito no Brasil dever a Zeno Veloso, para além de todas as suas várias e profícias obras e lições, também o constante resgate, enaltecimento e divulgação da obra dos dois grandes jurisconsultos deste país, Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda.

²¹ VELOSO, Zeno. Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. Belém: Unama, 2010, p. 34-38.

CAPÍTULO 22

ESTUDO SOBRE OS AGENTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

*Alícia Costa Dantas
Fabrício Vasconcelos de Oliveira*

1. ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

De acordo com o Banco Central (BCB) o Sistema Financeiro Nacional é organizado por agentes normativos, supervisores e operadores. Os agentes normativos determinam quais as normas que devem ser seguidas para que haja um funcionamento eficaz do sistema; os supervisores fiscalizam os demais agentes econômicos para que as regulações realizadas pelos órgãos normativos sejam cumpridas, enquanto os operadores seriam instituições que oferecem seus produtos e serviços financeiros como intermediadores das operações.

Complementarmente, Assaf Neto (2014) divide o Sistema Financeiro Nacional em dois subsistemas: o normativo e o de intermediação, classificação que será adotada no presente artigo, para fins didáticos.

2. SUBSISTEMA NORMATIVO

O subsistema normativo é composto pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), pelo Banco Central do Brasil (BCB), pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), bem como por instituições especiais (que são instituições financeiras, mas que possuem papel especial de atuação), como o Banco do Brasil (BB), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e Caixa Econômica Federal (CEF).

O Conselho Monetário Nacional, criado pela Lei nº 4.595/1964, será responsável por realizar as normas diretrizes para o mercado de crédito, monetário, de capitais e cambial criando segurança para que os agentes

operadores possam agir dentro da legalidade e dentro dos objetivos a serem alcançados pelo Sistema Financeiro Nacional previsto pela Constituição no artigo citado alhures, atuando com o propósito de formular a política de moeda e de crédito, não possuindo funções executivas (artigo 2º, Lei nº 4.595/1964).

O Banco Central do Brasil é uma autarquia responsável por executar as políticas adotadas pelo CMN realizando, assim, a fiscalização do subsistema de intermediação (agentes operadores). Além disso, o Banco Central também tem como competência privativa a emissão de papel moeda, a execução dos serviços do meio circulante, a concessão de autorizações para o funcionamento de instituições financeiras podendo, inclusive, intervir nas referidas instituições ou decretando liquidação extrajudicial, recolher depósitos compulsórios das instituições financeiras, dentre outras funções previstas no artigo 10 da Lei nº 4.595/1964.

A Comissão de Valores Mobiliários é responsável por regulamentar as matérias específicas previstas nessa norma legal e na Lei das sociedades por ações fiscalizando, também, as bolsas de valores, o mercado de valores mobiliários e as sociedades anônimas de capital aberto (artigo 8º da Lei nº 6.385/1976).

A CVM é um órgão que possui caráter normativo cuja função principal é a fiscalização do mercado de capitais, de forma que a bolsa de valores possa operar de maneira mais segura para os usuários, além da fiscalização das emissões de valores mobiliários negociados pelas bolsas de valores (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008), devendo exercer seu poder de regulamentação com base nas políticas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

O Conselho Nacional de Seguros Privados é responsável por criar normas para o ramo dos seguros privados.

O Conselho Nacional de Previdência Complementar é o órgão que regula os fundos de pensão privados (ASSAF NETO, 2014).

Os respectivos órgãos possuem suas agências supervisoras e executoras, são elas: a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) e a PREVIC (Superintendência Nacional de Previdência Complementar), respectivamente.

Também estão inseridos no subsistema normativo as instituições especiais o Banco do Brasil (BB), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Caixa Econômica Federal (CEF).

O Banco do Brasil é considerado como instituição especial, uma vez que além da função de banco comercial e de desenvolvimento, também funciona como agente financeiro do Governo Federal; o BNDES atua na política de financiamento do Governo Federal; já a Caixa Econômica Federal, além de banco comercial atua como “órgão auxiliar do Governo Federal na execução de sua política creditícia” (ASSAF NETO, 2014).

3. SUBSISTEMA DE INTERMEDIAÇÃO

O subsistema de intermediação é composto pelos agentes operadores do SFN, ou seja, as instituições financeiras (bancárias, não bancárias, auxiliares e instituições não financeiras) (ASSAF NETO, 2014), podendo ser observada a existência de instituições financeiras públicas ou privadas (1º, V, Lei nº 4.595/64).

Vasconcellos e Garcia (2008) ensinam que o subsistema de intermediação consiste na existência de instituições financeiras bancárias, não bancárias e as auxiliares, as quais podem ser tanto públicas como privadas.

A lei que regulamenta o Sistema Financeiro Nacional, conhecida como Lei de Reforma Bancária, dispõe em seu artigo 17 o conceito de instituição financeira, a saber: “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

Ocorre que o referido artigo dispõe um conceito bastante amplo do que seria instituição financeira e a atividade tipicamente praticada por ela. Assim, Salomão Neto (2011) entende que a interpretação literal do artigo nos levaria a pensar que uma sociedade anônima que emitisse uma debênture, por exemplo, estaria realizando a coleta e aplicação de recursos financeiros de terceiros, sendo assim, considerada como instituição financeira, o que claramente não seria o objetivo do legislador, já que isso aumentaria deveras o número de instituições consideradas como financeiras no Brasil.

Para a compreensão da norma no sentido teleológico, a caracterização de atividade privativa de instituição financeira seria a junção de 4 (quatro) elementos: a) a captação de recursos de terceiros em nome próprio; b) seguida de repasse financeiro por meio de uma operação de mútuo com o objetivo de gerar lucro; c) acrescida do requisito da habitualidade; d) custódia de valores de terceiros, que, para os fins do artigo 17 da Lei nº 4.595/1664, é, primordialmente, a custódia de coisas infungíveis, caracterizada por títulos de crédito em sentido amplo, acrescido do objetivo de lucro (economicidade) e da habitualidade (SALOMÃO NETO, 2011).

4. CLASSIFICAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

As espécies de instituições financeiras são divididas em bancárias ou monetárias e não bancárias ou não monetárias.

As instituições financeiras bancárias fazem parte do sistema monetário trabalhando, assim, com ativos monetários — ativos que possuem liquidez e são disponíveis para tornarem-se meios de pagamentos (ROSSETTI, 2011). Assim,

as instituições financeiras bancárias são capazes de criar moeda por meio de depósitos à vista, o que a doutrina chama de moeda escritural.

Para Vasconcellos e Garcia existem três tipos de moedas: 1-A moeda metálica, aquela emitida pelo Banco Central que são utilizadas para transações de pequenos valores ou como troco 2; o papel-moeda, o qual é utilizado para transações de maiores valores e 3- a moeda escritural ou bancária, representada pelos depósitos à vista (depósitos em conta corrente) nos bancos comerciais, sendo uma espécie de moeda contábil (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008).

As instituições financeiras bancárias possuem como traço diferenciador quanto às instituições não bancárias, a possibilidade de criar a moeda escritural. Isso porque, no momento em que diversos clientes dessas instituições realizam depósitos à vista, os bancos percebem que não precisam ter todos os recursos guardados para cumprir suas obrigações, uma vez que o fluxo de depósitos é tão grande que seria praticamente impossível que todos os clientes sacassem ao mesmo tempo os valores depositados.

As instituições financeiras bancárias retêm parte do depósito para si, outra parte vai para o Banco Central a título de depósito compulsório e o restante pode ser disposto em outras operações, ou seja, podem intermediar outra operação de mútuo, emprestando parte desse depósito a outro cliente.

Já o cliente mutuário também realiza depósito em sua conta corrente e parte do recurso proveniente do depósito será emprestado para outro correntista e assim sucessivamente. Esse processo é chamado de criação de moeda escritural e somente as instituições financeiras bancárias poderão realizá-lo.

Isto posto, Abrão (2018) discorre que banco é uma espécie de instituição financeira que utiliza seu próprio capital e os recursos que recebem por meio dos depósitos à vista para realizar sua atividade empresarial.

No que concerne às instituições financeiras não bancárias ou não monetárias, são aquelas que captam recursos para empréstimo, através da emissão de títulos e, portanto, intermedian a moeda (FORTUNA, 2014, p.33). Estas instituições realizam suas operações com ativos considerados não monetários, em razão da ausência de liquidez.

É válido ressaltar, também, o posicionamento de Salomão Neto (2011) acerca da diferença entre bancos e as demais instituições financeiras, uma vez que o autor elenca como traço distintivo o fato de os bancos não possuírem especialização em suas operações, ou seja, têm operações genéricas, enquanto que as instituições financeiras não bancárias seriam direcionadas a atividades específicas.

Assim, segundo Assaf Neto (2014), as instituições financeiras não bancárias não podem emitir moeda ou outros meios de pagamento, ou seja, não podem receber depósitos à vista da poupança popular, não criam moeda escritural, entretanto, podem captar recursos de terceiros por meio de ativos não monetários, como ações, debêntures e também podem utilizar seus recursos próprios.

5. ESPÉCIES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS BANCÁRIAS

São consideradas espécies de instituições financeiras bancárias pelo Banco Central do Brasil e pela maioria da doutrina: os Bancos Comerciais, as Caixas Econômicas e os Bancos Múltiplos.

Os bancos comerciais são aqueles que executam operações de crédito de curto prazo auxiliando as pessoas físicas e jurídicas a obterem crédito para capital de giro. Além disso, podem realizar pagamentos de cheques, transferências de fundos e de ordens de pagamento, cobranças diversas, recebimentos de impostos e tarifas públicas, aluguel de cofres, custódia de valores (ASSAF, 2014). A característica primordial dos bancos comerciais é a possibilidade de criação de moeda escritural por meio de depósitos à vista de recursos da poupança popular.

Devem adotar o tipo societário de sociedades anônimas (artigo 25, Lei nº 4.595/1964). Ademais, devem ter, no mínimo, capital realizado e patrimônio líquido de R\$17.500.000,00 (dezessete milhões e quinhentos mil reais) se quiserem funcionar como banco comercial (Resolução nº 2.099/1994, CMN).

No Brasil temos somente a Caixa Econômica Federal como exemplo de instituição financeira do tipo Caixa Econômica. A Caixa Econômica Federal, além de fazer concorrência com os bancos comerciais, também possui função social a cumprir, sendo responsável por proporcionar o financiamento habitacional, de realizar financiamento de projetos sociais e ainda é competente para realizar o recolhimento e a aplicação de recursos providos do FGTS, de modo que auxilia o Governo Federal a realizar seus propósitos sociais.

Além disso, também é responsável por administrar o Programa de Integração Social (PIS), pelo seguro desemprego e também tem monopólio da lotérica federal. É constituída sob a forma de empresa pública (artigo 1º, Decreto Lei nº 759/69).

Os bancos múltiplos são instituições que cumulam carteiras de mais de um tipo de instituições financeiras, tais como: comercial, de investimento e/ou desenvolvimento, de crédito imobiliário, de arrendamento mercantil e de crédito financiamento e investimento.

Quando possuírem carteira comercial são consideradas instituições financeiras bancárias, de acordo com Vizeu (2016), uma vez que poderão receber depósitos à vista, o que os torna multiplicador da moeda. É válido ressaltar que para constituir um banco múltiplo, ao menos uma das carteiras necessita ser comercial ou de investimento (artigo 7º Resolução nº 2.099/1994, CMN).

Em razão de possuir mais de uma carteira, os bancos múltiplos estão sujeitos a regulação de cada uma das carteiras existentes (artigo 7º, §1º, Resolução nº 2.099/1994, CMN).

Acrescente-se a isso que, pelo fato de possuir no mínimo duas carteiras, a exigência regulatória quanto ao capital total e patrimônio líquido também

cresce, uma vez que serão necessários o capital correspondente a soma entre as carteiras do banco múltiplo (NEVES, 2018).

6. ESPÉCIES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO BANCÁRIAS OU NÃO MONETÁRIAS

As instituições financeiras não bancárias são: bancos de desenvolvimento; bancos de investimento; bancos de câmbio; cooperativas de crédito; sociedade de crédito, financiamento e investimento; Sociedade de Crédito Imobiliário e Associação de Poupança e Empréstimo; Sociedades de crédito, financiamento e investimento; Agências de Fomento; Sociedades de Empréstimo Direto e Sociedade de Empréstimo entre pessoas; sociedades de arrendamento mercantil.

Os bancos de desenvolvimento são instituições financeiras não bancárias, uma vez que não podem criar moeda escritural. Utilizam como recursos para sua atividade empresarial depósitos a prazo, empréstimos externos, emissão ou endosso de cédulas hipotecárias, emissão de cédulas pignoratícias, de debêntures e de títulos de desenvolvimento econômico.

A Resolução nº 394 de 1976 do Conselho Monetário Nacional (CMN) disciplina as normas que os bancos de desenvolvimento devem seguir para sua constituição e manutenção no mercado. Os bancos de desenvolvimento precisam ser necessariamente instituições financeiras públicas não federais com sede na capital do Estado que tiver seu controle acionário, ou seja, somente podem ser instituições financeiras estaduais.

Além disso, devem ser constituídas como sociedades anônimas e em sua denominação social é obrigatório que contenha a expressão “Banco de Desenvolvimento” e o Estado em que tenha sede. Igualmente, as instituições já citadas possuem limite mínimo de capital e patrimônio líquido, diferenciando-se somente ao valor que, no caso dos bancos de desenvolvimento, é de R\$12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais) (Resolução nº 2.099/1994, CMN).

Devem suprir prioritariamente o setor privado, apoiando com recursos e financiamentos a médio e longo prazo que possibilitem o desenvolvimento do Estado que tenha os constituído ou, até mesmo, em projetos que atuem em Estados limítrofes, desde que o empreendimento gere benefícios ao Estado que o banco tenha sede.

Além disso, os bancos de desenvolvimento podem realizar operações ativas, como empréstimos e financiamentos, e também investimentos e arrendamento mercantil. Logo, observa-se que os bancos de desenvolvimento possuem função social importante para a sociedade, trabalhando para que haja o desenvolvimento social de determinado Estado da Federação, apoiando investimentos de médio e longo prazo, projetos de infraestrutura com o objetivo de

fomentar os projetos da iniciativa privada e, com isso, gerar emprego e renda para Estado em que exercem atuação.

No que tange aos chamados bancos de investimento, Salomão Neto (2014) ensina que tem como atividade principal o empréstimo, o financiamento, a médio e longo prazo de empreendimentos do setor privado. O capital social e o patrimônio líquido mínimos exigido pela regulação do Bacen é de R\$12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais) (Resolução nº 2.099/1994, CMN).

Segundo Assaf (2014), essas instituições têm como função a disponibilização de empréstimos e financiamentos para capital fixo e de giro. Outrossim, além das reservas próprias e do *spread* bancário, as instituições realizam sua atividade por meio de depósito de terceiros a prazo, venda de quotas de fundo de investimentos e de empréstimos de outras instituições financeiras tanto nacionais, como estrangeiras.

Quanto aos bancos de câmbio, estes são especializados na compra e venda de moeda estrangeira, na transferência de recursos para o exterior, no financiamento de importação e exportação, dentre outras atividades dentro do mercado de câmbio (Resolução nº 3426/2006, CMN).

Para captação de recursos, os bancos de câmbio utilizam recursos próprios, bem como repasses interbancários, depósitos interfinanceiros e recursos captados no exterior, ou seja, não podem captar recursos provenientes de depósitos à vista, mas poderão manter contas de depósito sem remuneração, desde que o titular não possa as movimentar e que os recursos sejam destinados à realização das operações do banco ou na contratação de serviços relacionados ao objeto social do banco, portanto, são instituições financeiras não bancárias (Resolução nº 3426/2006, CMN).

Para serem constituídos, os bancos de câmbio necessitam de R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais) e, em seu nome empresarial deve conter obrigatoriamente a expressão “Banco de Câmbio” (Resolução nº 3426/2006, CMN)).

No que concerne às cooperativas de crédito, há divergência doutrinária sobre a sua classificação instituição financeira monetária ou não monetária. Fortuna (2014) as classifica como instituições financeiras bancárias, já Assaf (2014) as identifica como instituições não bancárias, assim como o Banco Central do Brasil. Será seguida a classificação proposta por Assaf Neto e pelo Banco Central do Brasil.

As cooperativas de crédito são sociedades constituídas para o proveito comum dos cooperados. São regidas pela Lei nº 5.764/1971, pela Lei Complementar nº 130/2009 e pela Resolução nº 4.434/2015 do Conselho Monetário Nacional. Para Araújo (2011) este tipo de instituição financeira funciona como alternativa aos bancos comerciais, uma vez que possuem, em regra, atendimento personalizado, e juros para empréstimos mais baixos aos seus cooperados, já que

partem da ideia de prestação de serviços aos seus cooperados sem o objetivo de lucro. O Banco Central dispõe que as cooperativas de crédito possuem os principais serviços que os bancos oferecem, tais como abertura de conta corrente, aplicações financeiras, cartão de créditos, empréstimos e financiamentos.

Os ganhos e as perdas são divididos pelos cooperados, não estando as cooperativas de crédito sujeitas ao regime de falência e devem utilizar em seu nome empresarial a expressão “cooperativa”, de modo que é vedada a utilização da expressão “banco” em sua denominação social. A referida instituição financeira pode, ainda, ser registrada como cooperativa singular, central ou como uma confederação (artigo 6º, Lei nº 5.764/1971).

É importante ressaltar, também, a existência dos chamados bancos cooperativos, os quais possuem como acionistas controladores as cooperativas centrais de crédito, devendo deter no mínimo 51% das ações com direito a voto dos bancos cooperativos. Segundo o Banco Central do Brasil os bancos cooperativos foram criados para que alguns serviços restritos aos bancos comerciais e múltiplos pudessem ser oferecidos, como a câmara de compensação de cheques, a reserva bancária e o mercado interfinanceiro.

Os bancos cooperativos são regidos pelas normas regulatórias dos bancos comerciais e múltiplos, já que em sua essência são bancos comerciais, entretanto, com o controle acionário de cooperativas centrais (Resolução nº 2.788/2000, CMN).

Sociedades de crédito, financiamento e investimento são instituições financeiras que, segundo Machado (2015), financiam bens duráveis por meio do crédito direto ao consumidor. Assim, são conhecidas, popularmente, como “financeiras” e “crediários”; não se pode abrir conta corrente nesse tipo de instituição e sua captação dos recursos se dá por aceite e colocação de letras de câmbio e recibos de depósitos bancários (FORTUNA, 2013).

O tipo societário adotado por essa entidade deve ser o de sociedade anônima e sua denominação social deve conter a expressão “crédito, financiamento e investimento”. As sociedades de crédito estarão focadas na concessão de crédito a médio e longo prazo, enquanto as de investimento operam no mercado de valores mobiliários (Portaria nº 309/1959, MF).

Quanto ao capital realizado e ao patrimônio líquido, as sociedades de crédito, financiamento e investimentos devem ser constituídas com, no mínimo, R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais) (Resolução nº 2.099/1994, CMN).

Além disso, essas sociedades devem respeitar a regulação no sentido de não possuir ativos fixos de parcela superior a 30% do seu capital realizado, também não podem participar com mais de 10% das quotas/ações de outra sociedade. Já as sociedades de investimento poderão transacionar com títulos de valores mobiliários, entretanto, também podem realizar financiamento, desde que seja com recursos próprios (Portaria nº 309/1959, MF).

A sociedade de Crédito ao microempreendedor e a empresa de pequeno porte, tem como objetivo o financiamento tanto de pessoas físicas, como de microempresa e empresa de pequeno porte, de modo que existe para financiar os projetos dos empreendimentos de maneira profissional, ou seja, o emprego dos recursos para a realização da atividade profissional, comercial ou industrial. É uma entidade que se equipara as instituições financeiras para respeitar os efeitos da legislação em vigor (Lei nº 10.194/2001). Outrossim, a sociedade de crédito ao microempreendedor e a empresa de pequeno porte é proibida de captar recursos junto ao público, assim como emitir títulos e valores mobiliários destinado a colocação e ofertas públicas (Lei nº 10.194/2001). A fim de obter recursos para suas atividades (operações passivas), podem receber repasses e empréstimos originários de instituições financeiras, de entidades voltadas para ações de fomento e desenvolvimento, inclusive de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público- OSCIP e, de fundos oficiais. Podem ainda captar recursos junto aos bancos por meio de depósito interfinanceiro vinculado a operações de microfinanças- DIM.

Esse ente deverá constituir-se como sociedade anônima de capital fechado ou como sociedade limitada, sua denominação social deverá constar a expressão “Sociedade de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte”, sendo proibido que essas sociedades utilizem a expressão “banco”. Também é vedado que o setor público participe desse tipo de sociedade e que a referida sociedade seja sócia de instituições financeiras ou de qualquer outra que precise de autorização do Banco Central (Lei nº 10.194/2001).

Quanto ao capital realizado e o patrimônio líquido para constituir essas sociedades, verificamos que o valor é bem reduzido se comparado com as instituições bancárias, é de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) (Resolução nº 3567/2008, CMN).

É vedado a elas conceder empréstimos para fins de consumo, já que o objetivo principal dela é contribuir para o financiamento de microempresas, empresas de pequeno e de pessoas físicas (empresários individuais) que querem crédito para o exercício da empresa (Resolução nº 3567/2008, CMN).

A Sociedade de Crédito Imobiliário e Associação de Poupança e Empréstimo é um tipo de sociedade que é especializada em operações de financiamento imobiliário (Resolução nº 2.735/2000, CMN). Na contemporaneidade, opera de forma limitada, como repassadora de recursos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

Originalmente as sociedades de crédito imobiliário podem utilizar tanto recursos próprios como os provenientes de depósitos de poupança, letras hipotecárias, letras imobiliárias, repasses e refinanciamentos, empréstimos contraídos no exterior, de depósitos interfinanceiros, dentre outros (Resolução nº 2.735/2000, CMN).

Deverá ser constituída como uma sociedade anônima e deverá conter em sua denominação social a expressão “Crédito Imobiliário”, sendo exigido capital e patrimônio mínimos de R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais) para sua constituição (Lei nº 4.380/ 64).

No que diz respeito às Associações de Poupança e Empréstimos, também fazem parte do Sistema Financeiro de Habitação, adotando a forma de sociedade civil, uma vez que a ideia de constituí-las se deu para que houvesse o incentivo da poupança para uns e a utilização desse recurso por outros para o financiamento imobiliário.

A associação deve seguir as mesmas normas concernentes às instituições financeiras (Decreto-Lei nº 70/66). A única instituição dessa espécie no Brasil é a PoupeX- Associação de Poupança e Empréstimos, a qual só poderá conceder empréstimos a individuais, as cooperativas e a condomínio (Lei nº 6.855/1980).

A Companhia hipotecária compõe o Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei nº 9.514/1997). Seu objeto social é voltado para o financiamento imobiliário, compondo o Sistema Nacional de Habitação (SNH) em conjunto com a Caixa Econômica Federal, as Sociedades de Crédito Imobiliário, as Associações de Poupança e Empréstimos e os bancos múltiplos.

Essas entidades poderão conceder financiamentos desde a aquisição à reforma do imóvel; com garantia tanto hipotecária como fiduciária; diferentemente dos bancos, das caixas econômicas, das sociedades de crédito imobiliário e das associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias são proibidas de captar poupança.

Para a captação dos recursos para o exercício da atividade empresarial, ela utiliza-se de letras hipotecárias, emissão de debêntures, de Letras de Crédito Imobiliário (LCI), além da captação de empréstimos captados no Brasil e no exterior (Resolução nº 2.122/94, CMN).

Como a maioria das instituições financeiras, deve ser constituída na forma de sociedade anônima; sua denominação social deve conter “Companhia Hipotecária” e seu capital realizado e patrimônio líquidos para que sejam autorizadas a funcionar deve ser de R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) (Resolução nº 2.099/94, CMN).

Agências de Fomento, de acordo com o Banco Central, são instituições financeiras que foram criadas para o apoio de projetos de infraestrutura e aos pequenos empreendedores, fomentando o capital fixo e o de giro. É apropriado ressaltar que essas agências poderão ser criadas pelos Estados e pelo Distrito Federal, podendo inclusive conceder crédito aos municípios para que eles realizem obras de infraestrutura.

Essa tipologia de instituição financeira só poderá ser constituída como sociedade anônima de capital fechado; sua denominação social deve conter a expressão “agência de fomento”. O capital social e patrimônios líquidos

será de, no mínimo, R\$4.000.000,00 (quatro milhões de reais) (Resolução nº 2.828/2001, CMN).

Essas instituições podem utilizar em sua atividade empresarial recursos próprios, de fundos e programas oficiais, do próprio orçamento Federal, Estadual e Municipal, de organizações nacionais e internacionais, além do depósito interfinanceiro – comum às demais instituições financeiras. É vedada a essa instituição captar recursos do público, exceto, quanto à utilização de recursos de organismos e instituições financeiras já mencionados (Resolução nº 2.828/2001, CMN).

Pode prestar serviços de consultoria financeira, prestar garantias, administrar fundos de desenvolvimentos; pode também participar de outras sociedades empresárias, ainda que não faça parte do Sistema Financeiro Nacional, desde que compatível com o objeto social das agências de fomento – para que não configure desvio de finalidade dos propósitos da referida agência –, mas também que não sejam acionistas controladoras da referida sociedade, bem como que essa entidade não seja controlada pelo Estado a que a agência é vinculada (Resolução nº 2.828/2001, CMN).

A agência de fomento somente poderá ter 25% das quotas/ações do capital social dessas sociedades e o Estado não poderá ter influência, de maneira significativa, sobre ela. Por último, da mesma forma que os bancos de desenvolvimento, as agências de fomento poderão financiar projetos de outros Estados, desde que estejam em áreas limítrofes e que não causar benefícios para o interesse social (Resolução nº 2.828/2001, CMN).

É mais uma alternativa dada pelo Sistema Financeiro Nacional para o fomento de projetos de infraestrutura e de apoio aos empreendedores dos Estados em que estão situadas.

As Sociedades de Empréstimo Direto e Sociedade de Empréstimo entre pessoas foram, recentemente, criadas por meio da Resolução nº 4.656/2018 do Conselho Monetário Nacional. Tratam-se das formas em que as *Fintechs* de crédito poderão se registrar para operar como instituição financeira (Resolução nº 4.656/2018, CMN).

As Sociedades de arrendamento mercantil (*leasing*) não são classificadas pelo Banco Central do Brasil como instituições financeiras, todavia, ressalta que essa sociedade compõe o SFN. Já Assaf Neto (2014) as classifica no rol de instituições financeiras não bancárias. Nos vinculamos a este entendimento. Só poderão realizar a atividade de arrendamento mercantil as pessoas jurídicas que se destinarem a esse objeto, os bancos múltiplos com a referida carteira; o capital social realizado e o patrimônio líquido deve ser de, no mínimo, R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais) (Resolução nº 2.099/94, CMN). A operação de “leasing” poderá ser tanto operacional como financeira. O tipo societário que as sociedades de arrendamento mercantil devem adotar é o de

sociedades anônimas, devendo constar em seu nome empresarial a expressão “arrendamento mercantil”. Pode ser objeto do contrato de leasing tanto bens móveis como imóveis para que seja utilizado para uso próprio da arrendatária (Resolução nº 2.309/96, CMN).

7. INSTITUIÇÕES AUXILIARES E SITUAÇÕES ANÔMALAS

Além das instituições bancárias/monetárias e não bancárias/ não monetárias, também compõem o Sistema Financeiro Nacional as instituições auxiliares, as quais colocam em contato poupadore com investidores, facilitando o acesso deste àqueles (FORTUNA, 2013), são elas: Bolsa de Valores; Sociedades Corretoras de Valores Mobiliários e Sociedades Distribuidoras de Valores Mobiliários.

As bolsas de valores são ambientes organizados para que haja a negociação entre títulos e valores mobiliários.

As Sociedades Corretoras de Valores Mobiliários e Sociedades Distribuidoras de Valores Mobiliários são sociedades responsáveis pela intermediação entre a bolsa de valores e terceiros; para funcionar devem ser autorizadas pelo Banco Central, enquanto a Comissão de Valores Mobiliários fiscalizará o exercício da atividade dessas sociedades (Fortuna, 2013).

As Sociedades Distribuidoras de Valores Mobiliários podem realizar os mesmos tipos de operações, já que em 2009, em decisão conjunta entre o Banco Central e a CVM, foi permitida que as distribuidoras de valores mobiliários tivessem acesso aos ambientes de bolsas de valores (Decisão-conjunta CVM BCB nº 17/2009).

Os limites mínimos de capital social e de patrimônio, são os mesmos para ambas, a saber: R\$550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais).

8. AGENTES AUTÔNOMOS

Esses agentes trabalharão em troca de comissões dadas pelos agentes intermediadores para que coloquem no mercado os títulos e valores mobiliários. Em razão de sua função, são fiscalizados tanto pelo Banco Central como pela Comissão de Valores Mobiliários (ASSAF NETO, 2014).

Apesar de fugirem à regra geral, são fiscalizadas pelo Banco Central ou tem que aplicar algumas de suas reservas no mercado de capitais.

8.1. Companhias seguradoras

São instituições especializadas em realizar contratos de seguros, ou seja, o consumidor paga um valor e, caso sofra um sinistro, a seguradora resarcirá

o referido cliente, tendo a obrigação de aplicar algumas de suas reservas no mercado de capitais (ASSAF NETO, 2014).

8.2. Instituições de pagamento e Correspondentes Bancários

São sociedades empresárias responsáveis por viabilizar serviços de compra e venda e de movimentação de recursos no âmbito de um arranjo de pagamento, sem a possibilidade de conceder empréstimos e financiamentos a seus clientes. São disciplinadas pela Lei nº 12.865/2013 e pelas circulares nº 3.680/2013 e nº 3.885/2018 do Conselho Monetário Nacional.

Não são consideradas como instituições financeiras e nem fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, mas são supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, uma vez que fazem parte do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB. Podem ser: a) emissor de moeda eletrônica que gerencia a conta de pagamento pré-paga do usuário e realiza as transações de pagamento; b) emissora de instrumento de pagamento pós-pago - gerencia e realiza as transações pela conta do usuário final do tipo pós-paga (BALDUCCINI, 2014).

As instituições de pagamento poderão se registrar perante o Banco Central do Brasil como credenciadoras, as quais habilitam o ponto comercial a aceitar o cartão e liquidar a operação. Em resumo, é a instituição de pagamento credenciadora que será responsável por entregar os recursos recebidos do emissor do cartão para a conta da instituição de pagamento ou instituição financeira que o comerciante escolheu para receber. Devem ser constituídas como sociedades limitadas ou anônimas e precisam integralizar o capital mínimo de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) (Circular nº 3.885/2018, BCB).

No que tange aos correspondentes bancários, tem-se que igualmente não são instituições financeiras, todavia, possuem grande importância para o funcionamento do SFN, pois funcionam como uma espécie de representante de instituições financeiras, possuindo como funções: a recepção de propostas de abertura de conta, recebimento de propostas referentes a operações de arrendamento mercantil, operações de crédito, recepção e encaminhamento de propostas de cartão de crédito, dentre outras (Resolução nº 3.954/2011, CMN).

É válido frisar que as instituições financeiras que contratarem um correspondente bancário serão responsáveis integralmente pelos serviços por elas praticados. Além disso, poderão ser contratados como correspondentes bancários as sociedades empresárias, os empresários, os prestadores de serviços notariais e as empresas públicas, possuindo uma liberdade à forma societária (Resolução nº 3.954/2011, CMN).

Servem para contribuir para o fomento da atividade empresarial das instituições financeiras, atuando em parceria com as referidas instituições, de modo que não podem concretizar atividades privativas de instituições financeiras,

devendo sempre seguir as diretrizes estabelecidas pela instituição financeira contratante (Resolução nº 3.954/2011, CMN).

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ARAÚJO, Elisson Alberto Tavares; SILVA, Wendel Alex Castro. Cooperativas de crédito: a evolução dos principais sistemas brasileiros com um enfoque em indicadores econômico-financeiros. **Contextus: Revista Contemporânea de Economia e Gestão**, Fortaleza, v. 9, n. 1, p.117-126, 27 jun. 2011. Quadrimestral.
- ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BALDUCCINI, Bruno et al. Arranjos e instituições de pagamento: novo marco legal e regulatório. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 63, p.17-27, 01 jan. 2014. Trimestral.
- BRITO, Osias. **Mercado Financeiro**: estrutura, produtos, risco e controle gerencial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2013.
- MACHADO, Luiz Henrique Mourão (Org.). **Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.
- NEVES, Rúbia Carneiro. A caracterização do banco a partir da evolução da legislação brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 73, p.701-735, 20 dez. 2018. Semestral. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2018v73p701>. Disponível em:<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revisa/article/view/1963>>. Acesso em 29 de março de 2022.
- ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2014.
- VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPÍTULO 23

A NECESSÁRIA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

*Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Nayra Vitória Elias Alves*

INTRODUÇÃO

Conheci, pessoalmente, Zeno Augusto Bastos Veloso na sala dos professores da Universidade da Amazônia - UNAMA, instituição na qual desenvolveu sua docência até os últimos dias de sua passagem indelével pela existência humana. Bem antes desse encontro, ele já era uma “lenda” para mim: relator da Constituinte do Pará, civilista de reconhecimento nacional e internacional, orador e conferencista incomparável, professor de direito constitucional e de direito civil, enfim, um verdadeiro e raro jurista.

Juntos desenvolvemos projetos acadêmicos que homenagearam nomes importantes da cultura jurídica do nosso Estado como: Daniel Coelho de Souza, Orlando Bitar e Milton Nobre. Também prestamos honrarias, em forma de publicação, a uma verdadeira “filha” para Zeno: a Constituição do Pará de 1989. Deixamos, também, muitos projetos inacabados. O Mestre faz muita falta!

Sempre me dizia que tudo em sua vida poderia ser passageiro, menos o magistério, pois nele encontrava os desafios que precisava para continuar inquieto, incomodado, pesquisando, estudando. Não com objetivo egoísta, solipsista ou ensimesmado, mas sim com o olhar direcionado ao outro, portando, uma postura de alteridade. Rubem Alves escreveu que “Ensinar é um exercício de imortalidade. De alguma forma continuamos a viver naqueles cujos olhos aprenderam a ver o mundo pela magia da nossa palavra. O professor assim, não morre jamais.” Destarte, Zeno, considerado imortal por tantas academias científicas que compunha, encontra-se vivo para sempre nas mentes e corações de todos os que tiveram a honra de ouvi-lo, conhecê-lo e aprender com ele.

Lembrei de uma história que ele me contou e que revela sua imensa generosidade para com seus alunos. Alberto Camus dizia que “A verdadeira

generosidade para com o futuro consiste em dar tudo ao presente". Zeno era muito generoso! Cheio de orgulho docente narrou que uma antiga aluna havia defendido trabalho de conclusão de curso a respeito da personalidade jurídica dos animais não humanos. Destacou que a monografia não foi bem aceita pela academia, sendo alvo de jocosidades, mas estava chamando a atenção da mídia nacional, ainda que por curiosidade. Além disso, disse que via no texto e no argumento qualidades jurídicas incontestáveis, acreditando que, um dia, aquela ideia seria aceita e sua autora receberia o devido reconhecimento.

O mestre tinha razão...quase sempre tinha razão.

Deixo registradas essas observações para justificar o motivo de disponibilizar texto com temática similar, nesta homenagem promovida pelo Instituto Silvio Meira, presidido pelo ilustre advogado e professor André Malcher Meira. Celebrar a memória e o legado de Zeno Veloso é um dever, especialmente para aqueles que tiveram a honra de beber uma gota do manancial de sua sabedoria e gozar de sua sincera amizade.

As diversas dimensões de direitos fundamentais ampliadas, consolidadas e reconhecidas nas últimas décadas possibilitaram que os seres humanos alcançassem a máxima efetividade, ainda que meramente formal em algumas áreas, no campo jurídico-existencial, por intermédio de um extenso rol de garantias e deveres, os quais possibilitam ordenar a vida em sociedade e prover proteção jurídica para uma vida digna.

No entanto, em meio a este processo de positivação jurídica dos direitos fundamentais, as demais espécies de seres vivos ficaram à margem da tutela do Estado, sendo tratadas como objetos de direitos ou meios para uma finalidade antropocêntrica. O objeto de estudo proposto consiste em apresentar a ausência de reconhecimento e proteção à dignidade dos animais não humanos por meio da positivação dos direitos fundamentais inerentes a estes, com a aplicação do princípio da dignidade pós-humana, o qual preceitua o reconhecimento de direitos inerentes aos seres sencientes, capazes de vivenciar sentimentos de dor, alegria, raiva.

Destarte, a positivação dos direitos fundamentais dos animais não humanos objetiva consagrar e reconhecer a quarta dimensão de direitos, voltada para uma abrangência maior que a perspectiva humana e baseada no valor à vida e no valor intrínseco que cada espécie de ser vivo possui, desse modo passando a utilizar uma visão biocêntrica dos sujeitos de direitos em âmbito jurídico.

Espera-se com este tema contribuir para produção jurídico-literária acerca dos direitos dos animais não humanos, e asseverar sua importância para evolução do Direito, possibilitando a criação de um ramo autônomo, qual seja o direito dos animais, inaugurando uma nova perspectiva jurídica sobre os sujeitos de direitos e a expansão da dignidade dos sujeitos para além dos limites desenhados pelo antropocentrismo.

1. A QUARTA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ERA PÓS- HUMANISTA: UM PRELÚDIO À SENCIÊNCIA

Pode-se conceituar os direitos fundamentais como todos aqueles inerentes ao ser humano, porquanto sua dignidade e valor intrínseco se concretizam por intermédio do princípio da dignidade humana. Estes direitos surgiram em períodos distintos e representavam a demanda de cada época, e eram positivados de maneira progressiva nas legislações (e.g. Século XVIII, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789). Ademais, a cada nova “geração” de direitos, as anteriores não se extinguiam e na verdade passavam a somar de forma cumulativa um extenso rol de garantias inerentes aos seres humanos (MARTINS, 2011).

Quanto as dimensões ou gerações de direitos, na primeira delas temos a inauguração dos chamados direitos individuais, os quais objetivavam em sua égide estabelecer um dever negativo para o Estado, qual seja, o de se abster de intervir na esfera de âmbito privado dos cidadãos. Alguns exemplos de direitos de primeira geração são o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, dentre outros.

Os direitos de segunda geração ou dimensão trouxeram consigo um dever ativo ao Estado, na medida que este deveria oferecer e concretizar para a coletividade expressões do mínimo de dignidade existencial, aplicados, por exemplo, à saúde, à educação e ao trabalho. Já a terceira geração/dimensão de direitos foi concebida tendo como base valores de fraternidade e solidariedade, pois possuem caráter humanístico e universal, aí se localizam os direitos ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente, dentre outros.

Chega-se então aos direitos de quarta dimensão, ainda envoltos em muitos embates quanto ao seu reconhecimento, mas que, quando admitidos, apontam para os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (TOLEDO, 2012). No campo de propositura do artigo, desde o ponto de vista pós-humanista, é que estariam os direitos dos animais não humanos, inaugurando o que seria um Estado comprometido com os direitos fundamentais plenos, que rompem com paradigmas construídos tendo como égide apenas a visão antropocentrísta e do especismo, e passam a dar foco aos seres vivos como um todo, que, segundo a doutrina pós-humanista, formam um complexo sistema interdependente, do qual todos os que o compõem possuem valor intrínseco inerente a sua existência.

Em linhas gerais, a visão biocêntrica concentra seu objeto no valor intrínseco que a vida possui, ou seja, este é o valor mais expressivo e passa a ser o centro da existência. Neste contexto, para a teoria biocêntrica, não importa o tipo de ser vivo, todos devem ser respeitados e ter seus direitos tutelados.

Posto isso, o principal objetivo da doutrina pós-humanista é a transformação da visão antropocêntrica que vislumbra o homem, segundo visão

kantiana, como a medida de todas as coisas, para uma visão que reconhece o valor intrínseco que cada indivíduo de todas as espécies possui, e passa a considerá-los com o mesmo valor moral, asseverando que se reconhece a existência de uma dignidade animal concretizada na senciência, ou seja, que estes seres possuem sentimentos, tais como dor, medo, prazer e por isso merecem ter seus direitos protegidos.

Conforme os antropocentristas, a proteção aos animais não humanos se insere no texto constitucional buscando única e exclusivamente garantir o bem da humanidade, mas não do animal em si. Já os biocentristas acreditam que o Poder Público tem a responsabilidade e a obrigação de defender os animais não humanos, fundamentando a ecologia profunda (*deep ecology*). Defende-se que, em uma interpretação constitucional que vise uma “igualdade moral fundamental” (REGAN, 2006, p. 61), não se estabelece discussão se a Constituição Federal protege estes ou aqueles animais, haja vista que moralmente cada um é igual porque é igualmente “um alguém”, não uma coisa; sendo sujeito de uma vida, não uma vida sem sujeito” (REGAN, 2006, p. 61-62).

Por fim, à luz de todo exposto, percebe-se a importância da inauguração de uma visão holística do mundo com respeito ao valor moral intrínseco que cada indivíduo possui, democratizando, desta forma, a tutela dos direitos.

2. A PROIBIÇÃO DE CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS POSITIVADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS JURISPRUDENCIAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito ambiental passou a ser considerado como fundamental, já que o ecossistema foi reconhecido como elemento essencial à manutenção da dignidade humana, o que rendeu ao Texto Magno a designação de “constituição verde” e inaugurou um período de maior proteção ao meio ambiente. O dispositivo responsável pelas características supracitadas é este, *in verbis*:

Art. 225 [...]

§1º para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade” (BRASIL, 1988).

É certo que ainda prevalece o interesse humano no estabelecimento de tal norma, sendo indireta a proteção conferida aos demais pertencentes ao meio ambiente. Entretanto, há que se comemorar a previsão constitucional de tal instituto, tendo em vista que a partir do momento que o constituinte originário

previu proteção aos animais não humanos contra tratamentos cruéis, abriu-se a possibilidade de se discutir a autonomia do direito animal em relação ao direito ambiental geral. Àquele objetivaria fornecer proteção jurídica a estes sujeitos por conta da existência de uma dignidade animal concretizada a partir da admissão quanto à existência de sentimentos, tais como a dor e o prazer, e que por isso estes devem ser resguardados de atos cruéis (LOURENÇO, 2008).

Os animais foram tratados, portanto, a partir de uma perspectiva de valor intrínseco à sua existência e não apenas de forma indireta, como objeto de direitos por interesse no bem-estar humano. Desse modo, tal previsão proporcionou a judicialização de demandas que tinham como objeto direitos inerentes aos animais e possibilitou a inauguração de jurisprudências sobre o tema, que além de cumprir o dever/poder de punição para quem cometesse atos cruéis contra os animais, abriu seara para a discussão a respeito da implementação de direitos básicos aos animais não humanos.

Assim, ainda que o texto constitucional não tenha admitido a existência de um rol de direitos fundamentais aos animais não humanos, possibilitou que demandas sociais outrora reprimidas e desconsideradas fossem analisadas pelo filtro jurisprudencial (LOURENÇO, 2008). Tem-se, como exemplo, o Recurso Extraordinário 153.531/SC, que foi julgado em 03 de junho de 1997, no qual o Supremo Tribunal Federal - STF apreciou o caso concreto da Farra do Boi¹, afirmando a inconstitucionalidade dessa manifestação cultural, sob o argumento de que transgredia de forma clara os dispositivos constitucionais que vedam a prática de atos cruéis contra os animais.

Ademais, veja-se as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 2.514/SC e n. 1.856/RJ, nas quais se discutia a constitucionalidade de legislações estaduais que regulamentavam as denominadas “rinhas de galo”². Em ambas as ações o STF entendeu que, mesmo consideradas como manifestações culturais ou de lazer, não se coadunavam com os preceitos jurídicos e morais previstos na Constituição de 1988. Representando ainda, um avanço quanto ao entendimento jurídico sobre as relações de cultura e残酷 contra os animais, pode-se destacar a ADI n. 4.983, julgada em 6 de outubro de 2006, que decidiu no sentido de que a garantia do exercício de direitos culturais não autorizava práticas e manifestações que submetessem os animais a残酷.

¹ Era uma prática ritualística que consistia em soltar um boi em local aberto, fazendo com que pessoas participantes da “farra” fossem “perseguidas” por ele. O animal era atiçado, ferido por instrumentos variados, enfim, torturado, até que desfalecesse. Geralmente era sacrificado ao final do ritual. Mesmo com intensa mobilização de entidades nacionais e internacionais de proteção aos animais somente com a decisão do STF a prática foi abolida.

² É uma briga promovida por seres humanos entre galos. A expressão rinha vem do espanhol (*riña*). Tanto é a luta como o local no qual se realiza a contravenção, que geralmente envolve apostas.

Por fim, recentemente em decisão histórica para o direito animal, em sede de recurso, tendo como autores da demanda os cães Spike e Rambo, devidamente representados pela ONG Sou Amigo, em parecer unânime proferido pela 7^a câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Os animais não humanos tiveram reconhecida, pela primeira vez, a capacidade de ser parte em demandas judiciais. Este “precedente” inaugura um novo tempo para o direito animal no ordenamento jurídico brasileiro, no tocante ao acesso à prestação jurisdicional, e representa expressão inequívoca do direito fundamental previsto no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Senão vejamos a ementa a seguir, *in verbis*:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DECISÃO QUE JULGOU EXTINTA A AÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS CÃES RAMBO E SPIKE, AO FUNDAMENTO DE QUE ESTES NÃO DETÊM CAPACIDADE PARA FIGURAREM NO POLO ATIVO DA DEMANDA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DOS LITISCONSORTES NO POLO ATIVO DA AÇÃO. ACOLHIDO. ANIMAIS QUE, PELA NATUREZA DE SERES SENCIENTES, OSTENTAM CAPACIDADE DE SER PARTE (PERSONALIDADE JUDICIÁRIA). INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, XXXV, E 225, § 1º, VII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 2º, § 3º, DO DECRETO-LEI Nº 24.645/1934. PRECEDENTES DO DIREITO COMPARADO (ARGENTINA E COLOMBIA). DECISÕES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO RECONHECENDO A POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS CONSTAREM NO POLO ATIVO DAS DEMANDAS, DESDE QUE DEVIDAMENTE REPRESENTADOS. VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 24.645/1934. APLICABILIDADE RECENTE DAS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NO REFERIDO DECRETO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ E STF). DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 7^a C. Cível - 0059204-56.2020.8.16.0000 - Cascavel - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MARCEL GUIMARÃES ROTOLI DE MACEDO - J. 14.09.2021)
(TJ-PR - AI: 00592045620208160000 Cascavel 0059204-56.2020.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Data de Julgamento: 14/09/2021, 7^a Câmara Cível, Data de Publicação: 23/09/2021)

Destarte, salienta-se que Acordão supra revela a importância de despir-se do antropocentrismo, e incorporar-se, em temas ambientais contemporâneos, o holistica.

Esses julgados são paradigmáticos para informar quanto à evolução interpretativa que se deve conferir aos textos legais (*lato sensu*), diante dos valores e princípios constitucionais. Aponta caminhos para a sociedade (sociedade aberta de intérpretes), bem como para o Estado, seja em sua função administrativa, legislativa ou jurisdicional.

3. A IMPORTÂNCIA DE LEIS ESPECÍFICAS GARANTIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

São inegáveis as conquistas alcançadas quando da previsão constitucional que objetivou coibir atos cruéis contra os animais não humanos. Entretanto, ainda há muito que evoluir no ramo do direito animal. Primeiramente, como se referiu acima, com o reconhecimento da autonomia deste ramo do direito em relação ao direito ambiental, tendo em vista que se pretende ver reconhecida a condição de sujeitos de direitos a animais não humanos que possuem por si só dignidade, e não pela utilidade que oferecem para manutenção da vida humana. Também se defende a necessidade de se estabelecer um rol mínimo de direitos básicos a estes seres não humanos, objetivando proteger sua dignidade (SPAREMBERGER, 2015).

Destarte, à primeira vista, a grande gama de leis municipais, estaduais e até de âmbito nacional podem conceber o entendimento de que os animais não humanos são juridicamente protegidos no Brasil, já possuindo direitos assegurados. Contudo, analisando mais profundamente, se constata que a proteção jurídica presente é frágil e baseada apenas na finalidade de manutenção do equilíbrio da vida humana.

Para efeito de informação, cita-se a existência de leis infraconstitucionais importantes para a evolução do direito animal no Brasil, como o Decreto nº 24.645 de 1934 que proibia a prática de maus-tratos aos animais, o qual permanece parcialmente em vigor, e que, pois, possibilitou a elevação do *status jurídico* dos animais e prescreveu a possibilidade do Ministério Público assisti-los em juízo na qualidade de substituto legal. Também, a Lei nº 9.605/98 que, na seção de crimes contra a fauna, previu punição para aqueles que cometem atos cruéis contra esses sujeitos.

Mais recentemente, a Lei nº 14.064/20 aumentou a pena aplicada para quem maltratar cães e gatos, que agora serão punidos com reclusão de dois a cinco anos, além de multa e proibição de guarda. Esta Lei veio suprir carência no ordenamento jurídico brasileiro de legislação específica voltada à proteção de animais não humanos, que estabelecesse obrigações e responsabilizações por maus-tratos. Após sua aprovação, passou a ser obrigatório e necessário que sejam implantados programas de proteção e de fundamentação específica para adoção de medidas de proteção.

Um alerta é necessário: em meio a possível euforia resultante do referido texto normativo, o antropocentrismo resiste e aponta limitações às normas jurídicas relacionadas à proteção efetiva dos animais não humanos. Daí que não se pode prescindir da consideração, da validação, enfim, da ratificação, da Declaração dos Direitos dos Animais (JUNIOR ATAIDE, 2018). Nesse

cenário questões como dignidade, respeito e valor intrínseco pela vida animal precisam ser mais bem discutidas pela sociedade, e o Brasil, possuidor da maior biodiversidade do planeta, deve trabalhar seu ordenamento jurídico de modo a enriquecê-lo, no tocante à proteção efetiva dos animais não humanos.

Reitere-se que, mesmo existindo considerável número de normas infraconstitucionais que se destinam à proteção da fauna, está ainda se pauta por uma visão antropocêntrica do Direito. À título de exemplo, no vigente Código Civil brasileiro, os animais ainda gozam do *status* de bem semoventes em alguns artigos³ e até podem ser objetos de penhor em determinadas situações⁴. Destarte, a condição jurídica dos animais não humanos parece nunca ter sido alterada verdadeiramente e substancialmente. Seriam “coisas”, objetos de direito.

Deste modo apresenta-se a importância do reconhecimento explícito do *status* jurídico de sujeitos de direitos que deve ser conferido aos animais não humanos, não tendo como objetivo igualá-los aos humanos, mas conferindo consideração aos seus direitos e garantindo tratamento na medida das suas desigualdades e necessidades.

Na perspectiva do Direito esse tratamento conferido seria análogo aos entes despersonalizados, por exemplo, ou às pessoas absolutamente incapazes, que desde devidamente representadas em juízo podem obter a apreciação de suas demandas. O que se busca, minimamente, é que, embora despersonalizados, os animais possam ser sujeitos de direitos, que possam usufruir de garantias mínimas, ainda que não gozem do *status* de pessoas.

À *posteriori*, os animais não humanos poderiam ser admitidos em juízo como entes jurídicos despersonalizados e poderiam ser substituídos processualmente pelo Ministério Público e pelas entidades protetoras de animais, ou ainda representados por seus guardiões (tutores), segundo termos do Decreto nº 24.645/34.

Um exemplo revela a necessidade de se avançar no tema. No HC nº 397.424/SC, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, de 03/05/2017, dois bois resgatados da festividade da “farra do boi” foram sacrificados em alternativa a terem sua tutela cedida a uma ONG protetora, com argumento do relator Min. Gurgel de Faria de que a Constituição Federal não prevê expressamente o direito de ir e vir dos animais, para que sejam protegidos por meio de *Habeas Corpus*.

Assim, percebe-se a necessidade de mudança na forma de ver o Direito, para além dos modos de compreensão antropocêntricos, historicamente arraigados. Muito mais urgente, para que se torne efetiva a tutela dos direitos dos

³ Código Civil/2002: Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

⁴ Ver Art. 1142 e 1142 do Código Civil Brasileiro.

animais, é a positivação de um rol de direitos fundamentais mínimos, que garantam a existência digna animal não humana.

Esse posicionamento jurídico se coaduna com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais⁵, a qual prevê a proteção desses seres, determinando, em seu artigo 2º, que todo animal tem o direito de ser respeitado, atendido, cuidado e protegido, restringindo-se ações humanas que provoquem extermínio ou exploração de outros animais. O artigo 6º assegura que o animal tem direito a uma vida longínqua e estabelece que o abandono é um ato cruel e degradante (ONU, 1978).

Se os maus-tratos e o abandono de animais estão qualificados como crimes no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, mais recentemente ocorreu alteração legislativa por meio da sanção da Lei nº 14.064/ 2020, a qual passou a ser conhecida popularmente como “Lei Sansão”, para homenagear um cão de raça pitbull vítima de maus-tratos, que teve suas duas patas traseiras decepadas por um cidadão vizinho do seu cuidador. Ele também foi *amordaçado* com arame farpado no focinho antes disso e gerou muitas manifestações por normas mais severas contra atos cruéis a animais (CONSULTOR JURÍDICO, 2020).

A nova lei alterou o artigo 32 da Lei 9.605/1998⁶, inserindo o § 1º-A, o qual reza que “quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda” (BRASIL, 2020). O parágrafo refere-se apenas a cães e gatos, pelo fato de serem animais domésticos que para algumas pessoas são considerados “integrantes da família”. A aprovação da lei foi celebrada por uma parte dos estudiosos que acreditam ter sido uma resposta “aos anseios da sociedade, representando mais uma iniciativa no combate à violência contra os animais” (D’URSO *apud* SANTOS, 2020, p. 1). Fica, ainda, proibido qualquer maltrato, especialmente mutilações de pets, e ainda fica garantida a punição severa aos que praticarem atos violentos contra animais domésticos, de modo que tenha efeito educativo, a fim de desestimular os maus-tratos a estes animais (ABDOUNI *apud* SANTOS, 2020).

Verifica-se assim que a percepção jurídica sobre os direitos dos animais passou a ser aplicada com maior severidade, inclusive devido ao reconhecimento do caráter senciente dos animais domesticados, especialmente cães e gatos, já compreendidos como seres que demonstram sentimentos por seus tutores e outros humanos de seu convívio, pelo que mereceriam uma proteção legal mais ampla.

⁵ A Declaração Universal dos Direitos dos Animais foi proclamada pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), em sessão realizada em Bruxelas - Bélgica, em 27 de janeiro de 1978.

⁶ “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento dispensado aos animais não humanos ao longo dos tempos reflete o pensamento antropocentrista arraigado nas sociedades e demonstra o descaso do Poder Público com a proteção a totalidade dos seres vivos. Nesta perspectiva, tendo em vista que o estudo do Direito é maleável e não permanece estático, como a evolução das espécies, é indispensável que se traga à luz discussões que contribuam para o saber jurídico e que promovam mudanças substantivas na realidade, motivação que ancora o interesse pelo presente estudo.

Este trabalho de pesquisa buscou demonstrar a proteção legal dada aos animais no Brasil por meio de dispositivos constitucionais, Código Civil e leis ordinárias que regulamentaram e ampliaram os direitos dos animais nos últimos anos. Dedicando-se, fundamentalmente, em realizar apontamentos que manifestem a consagração da quarta dimensão de direitos fundamentais, quando se vislumbra uma perspectiva pós-humanista em que os direitos ultrapassam a espécie humana, e caminham para um grau máximo de universalidade quando o próprio direito e o conceito de dignidade buscam um valor na vida, e assim, expandem no sentido de uma justiça social interespécies.

Neste sentido, reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais significa estar diante da superação paulatina da visão antropocêntrica lançada sobre o catálogo de direitos fundamentais, os quais sempre tiveram como ponto nuclear a dignidade da pessoa humana, e dar início a um processo de abertura constitucional.

Ademais, consentir com uma nova geração de direitos pautada em uma visão pós-humana, simboliza reforçar as conquistas alcançadas pelas demais gerações de direitos fundamentais e ressignificar o princípio da dignidade humana que agora passa a refletir o valor que cada ser possui, transformando-se, assim, em uma dignidade global. Deste modo, no intuito de se alcançar um tratamento normativo constitucional próprio aos animais não humanos e consagrar a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais é imprescindível que se busque lançar luz a novos sujeitos de direitos e pautar-se em uma visão pós-humanista e superar valores éticos arraigado pelo antropocentrismo.

Portanto, o aperfeiçoamento de legislações, tornando mais severa a resposta normativa contra maus-tratos a animais não humanos, bem como iniciativas tal qual o projeto de lei 6054/19 de autoria dos deputados federais Ricardo Izar e Weliton Prado, o qual trata sobre a natureza jurídica dos animais não humanos e objetiva modificar o tratamento destinado a estes no código civil, aponta um grande passo no caminho da consagração da quarta dimensão de direitos fundamentais. Já que, o objetivo do supracitado projeto é acrescentar parágrafo único ao art. 82º do Código Civil com o propósito de

alterar o status da natureza jurídica dos animais não humanos, que atualmente são tratados pela legislação como “bens semoventes” ou “coisas”, e com a aprovação do projeto passarão a ser reconhecidos explicitamente como sujeitos de direitos despessoalizados.

Projetos de lei, precedentes judiciais e normas constitucionais já existentes e as quais apenas demandavam um olhar desrido do antropocentrismo, trazem uma grande contribuição social e destacam a necessidade de se ampliar a rede protetiva animal no Brasil, que não só coíba a prática de crueldade contra os animais, mas também tutele direitos básicos a existência digna, pois são seres que fazem parte da vida em sociedade e representam por si só valores intrínsecos. Posto isso, os animais não humanos merecem ter reconhecidos, protegidos e respeitados seus direitos básicos pelo Poder Público e pela Sociedade.

REFERENCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: nov. 2021.
- BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 04 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4983**, 12 de agosto de 2015. Supremo Tribunal Federal, 12 agt. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf> acesso em: nov. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.514/SC**, 09 de dezembro de 2005, Superior Tribunal Federal, 09 dez 2005. Disponível em www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185069&modo=cms acesso em nov. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.856/RJ**, 26 de maio de 2011, Supremo Tribunal Federal, 26 maio 2011. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf> acesso em nov. 2021.
- JUNIOR ATAIDE, Vicente de Paula, **a introdução ao direito animal brasileiro**. Revista brasileira de direito animal, Salvador, Volume 13, número 03, p. 48-76, Set-Dez 2018.
- BRASIL. **Lei 9.605** de 12 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da união, 12 fev. 1998 (retificado em 17 de fev.1998).
- BRASIL. **Lei 14.064** de 29 de setembro de 2020. Diário Oficial da União. 29set 2020. (Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.)
- LOURENÇO, Daniel Braga. **Direitos dos Animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 430
- ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas, Bélgica. 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: nov. 2021.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0059204-56.2020.8.16.0000**
- BRASIL. **Recurso Extraordinário 153.531/SC**, 03 de junho de 1997. Supremo Tribunal Federal. 03 jun 1997.
- REGAN, Tom. **Jaulas Vazias- Encarando os Desafios dos Direitos dos Animais**. Editora Lugano, Ano 2006. 51 f.
- SANTOS, Rafa. Bolsonaro sanciona lei de proteção a animais e promete corrigir distorção punitiva. Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2020. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2020-set-29/bolsonaro-sanciona-lei-protecao-animais-cria-distorcao>>. Acesso em: nov. 2021.

SILVA, Trajano de Almeida. *Direito animal e pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Rev. Bras. Direito Anim. Salvador, BA, Brasil. V.8, nº14, (2013).

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes, *Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas*. Revista Amicus Curiae- Direito- Universidade do extremo sul catarinense, vol.12, n.2, jul./dez/2015.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco, *A tutela jurídica dos animais no Brasil e no Direito comparado*. Revista Brasileira de Direito Animal, ano 7, volume 11, jul. Dez 2012.