

Joyceane Bezerra de Menezes
Francisco Luciano Lima Rodrigues

ORGANIZADORES

Pessoa e Mercado sob a Metodologia do Direito Civil-Constitucional

Essere nel Mondo

e-book editora

Essere nel Mondo

Rua Borges de Medeiros, 76

Cep: 96810-034 - Santa Cruz do Sul

Fones: (51) 3711.3958 e 9994. 7269

www.esserenelmondo.com.br

Todos os direitos são reservados. Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida por qualquer meio impresso, eletrônico ou que venha a ser criado, sem o prévio e expresso consentimento da Editora. A utilização de citações do texto deverá obedecer as regras editadas pela ABNT.

As ideias, conceitos e/ou comentários expressos na presente obra são criação e elaboração exclusiva do(s) autor(es), não cabendo nenhuma responsabilidade à Editora.

P475 Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional [recurso eletrônico] / Organizadores: Joyceane Bezerra de Menezes e Francisco Luciano Lima Rodrigues – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016.
173p.

Texto eletrônico.
Modo de acesso: World Wide Web.

1. Mercados. 2. Direito civil. 3. Direito constitucional. 4. Bioética. 5. Responsabilidade (Direito). 6. Sociedade da informação. 7. Direitos Fundamentais.
I. Menezes, Joyceane Bezerra de. II. Rodrigues, Francisco Luciano Lima.

Prefixo Editorial: 67722

Número ISBN: 978-85-67722-58-0

CDD-Dir: 342.112

Bibliotecária responsável: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406

Catálogo: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406

Correção ortográfica: Aila Graça Corrent

Diagramação: Agência Nakao www.agencianakao.com

CONSELHO EDITORIAL

- Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa – Direito – UFSC e UNIVALI/Brasil
Prof. Dr. Alvaro Sanchez Bravo – Direito – Universidad de Sevilla/Espanha
Prof.^a. Dr.^a. Angela Condello – Direito - Roma Tre/Itália
Prof. Dr. Carlos M. Carcova – Direito – UBA/Argentina
Prof. Dr. Demétrio de Azeredo Soster – Ciências da Comunicação – UNISC/Brasil
Prof. Dr. Doglas César Lucas – Direito – UNIJUI/Brasil
Prof. Dr. Eduardo Devés – Direito e Filosofia – USACH/Chile
Prof. Dr. Eligio Resta – Direito – Roma Tre/Itália
Prof.^a. Dr.^a. Gabriela Maia Rebouças – Direito – UNIT/SE/Brasil
Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin – Direito – UNIJUI/Brasil
Prof. Dr. Giuseppe Ricotta – Sociologia – SAPIENZA Università di Roma/Itália
Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa – Direito – UNIFOR/UFC/Brasil
Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Direito – UERJ/UNESA/Brasil
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – Direito – PUCRS/Brasil
Prof.^a. Dr.^a. Jane Lúcia Berwanger – Direito – UNISC/Brasil
Prof. Dr. João Pedro Schmidt – Ciência Política – UNISC/Brasil
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Morais – Direito – UNISINOS/Brasil
Prof.^a. Dr.^a. Kathrin Lerrer Rosenfield – Filosofia, Literatura e Artes – UFRGS/Brasil
Prof.^a. Dr.^a. Katia Ballacchino – Antropologia Cultural – Università del Molise/Itália
Prof.^a. Dr.^a. Lilia Maia de Morais Sales – Direito – UNIFOR/Brasil
Prof. Dr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão – Direito – Universidade de Lisboa/Portugal
Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier – Direito – UNIPAR/Brasil
Prof.^a. Dr.^a. Nuria Belloso Martín – Direito – Universidade de Burgos/Espanha
Prof. Dr. Sidney César Silva Guerra – Direito – UFRJ/Brasil
Prof.^a. Dr.^a. Silvia Virginia Coutinho Areosa – Psicologia Social – UNISC/Brasil
Prof. Dr. Ulises Cano-Castillo – Energia e Materiais Avançados – IIE/México
Prof.^a. Dr.^a. Virgínia Appleyard – Biomedicina – University of Dundee/ Escócia
Prof.^a. Dr.^a. Virgínia Elizabeta Etges – Geografia – UNISC/Brasil

COMITÊ EDITORIAL


- Prof.^a. Dr.^a. Fabiana Marion Spengler – Direito – UNISC e UNIJUI/Brasil
Prof. Me. Theobaldo Spengler Neto – Direito – UNISC/Brasil

Joyceane Bezerra de Menezes
Francisco Luciano Lima Rodrigues
(Organizadores)

Pessoa e Mercado sob a metodologia do Direito Civil -Constitucional

1ª Edição

Santa Cruz do Sul/RS

Essere 
nel Mondo

e-book editora

2016

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| PACTO COMISSÓRIO VERSUS PACTO MARCIANO: ESTRUTURAS SEMELHANTES COM REPERCUSSÕES DIVERSAS..... | 8 |
| Introdução..... | 8 |
| A tradicional vedação ao pacto comissório..... | 9 |
| Fundamentos da proibição ao pacto comissório..... | 13 |
| O alcance dos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil..... | 18 |
| A dação em pagamento realizada após o vencimento..... | 24 |
| A licitude do chamado “pacto marciano”..... | 25 |
| Conclusão..... | 28 |
| Referências..... | 29 |
| “OS NOVINHO TÃO SENSACIONAL”: A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PRODUTORAS MUSICAIS E EMISSORAS DE RÁDIO E TV PELOS DANOS MORAIS CAUSADOS AOS MCS MIRINS..... | 31 |
| Introdução..... | 31 |
| Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente..... | 32 |
| A proteção dos MCs mirins na seara trabalhista e as questões existenciais..... | 35 |
| As investigações do Ministério Público e a responsabilidade civil das produtoras musicais e emissoras de rádio e televisão..... | 38 |
| Conclusão..... | 40 |
| Referências..... | 41 |
| LIBERDADE, SOLIDARIEDADE E FAMÍLIA: ANÁLISE DA CAPACIDADE REAL DE EXERCÍCIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR FACE À NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA..... | 43 |
| Introdução..... | 43 |
| Entidades familiares na Constituição Federal de 1988..... | 44 |
| Família plural – artigo 226 da Constituição Federal..... | 44 |
| Planejamento familiar e reprodução humana assistida..... | 46 |
| Liberdades substantivas e planejamento familiar – entre realidade e utopia..... | 48 |
| Liberdade, planejamento familiar e desenvolvimento..... | 52 |
| Liberdade, solidariedade e utopia..... | 52 |
| Considerações finais..... | 54 |
| Referências..... | 54 |
| DANOS CAUSADOS POR CONSUMO DE DIETILESTILBESTROL: A CASUALIDADE ALTERNATIVA E A TEORIA DA RESPONSABILIDADE POR COTA DE MERCADO (MARKET SHARE LIABILITY)..... | 56 |
| Introdução: o caso dietilestilbestrol..... | 56 |
| Requisitos para a responsabilização do grupo pela conduta danosa de seu membro..... | 58 |
| A decisão do caso DES: imputação de responsabilidade e cota de mercado..... | 59 |
| Críticas à teoria da responsabilidade por cota de mercado..... | 61 |
| Conclusão..... | 63 |
| Referências..... | 64 |

| | |
|--|------------|
| MORTE DIGNA: MEDITAÇÕES SOBRE O DIREITO E A ÉTICA NO FIM DA VIDA..... | 66 |
| Introdução..... | 66 |
| O paciente terminal..... | 67 |
| Direito à vida e à morte dignas..... | 68 |
| Eutanásia, distanásia, ortotanásia e cacotanásia..... | 70 |
| Estudo de caso..... | 72 |
| Responsabilidade pela distanásia na saúde suplementar..... | 75 |
| Considerações finais..... | 76 |
| Referências..... | 78 |
| PERFIL DINÂMICO DA INVALIDADE NEGOCIAL..... | 80 |
| Introdução..... | 80 |
| Os chamados planos de análise da eficácia negocial..... | 80 |
| Crítica aos planos tradicionais de análise..... | 85 |
| O perfil dinâmico das invalidades negociais..... | 88 |
| Síntese conclusiva..... | 92 |
| Referências..... | 92 |
| DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL COMO PRESERVAÇÃO DA PESSOA FRENTE AO MERCADO | 95 |
| Introdução..... | 95 |
| Sociedade da informação: conceito, características e mudanças..... | 96 |
| Sociedade da informação e ciberespaço..... | 96 |
| O fluxo e a utilização de dados..... | 97 |
| Direito à privacidade..... | 99 |
| Síntese histórica..... | 100 |
| Conceito e previsão legal..... | 101 |
| Direito à autodeterminação informacional..... | 102 |
| Conceito..... | 102 |
| Princípios norteadores da autodeterminação informativa..... | 103 |
| A proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro e seus desafios..... | 104 |
| Considerações finais..... | 105 |
| Referências..... | 106 |
| PESSOA E MERCADO: A DISTRIBUIÇÃO DE ENCARGOS DECORRENTE DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO | 109 |
| Mapeamento do estado da arte e caracterização dos riscos do desenvolvimento..... | 109 |
| Solidariedade social como fundamento principiológico do direito de danos em construção no Brasil..... | 112 |
| Da identificação de responsabilidades à partição dos ônus sociais..... | 114 |
| Referências..... | 116 |
| FACEBOOK COMO O NOVO “BIG BROTHER”: UMA ABERTURA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR VIOLAÇÃO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA ... | 118 |
| Introdução..... | 118 |
| A constitucionalização do direito civil e seus influxos sobre a reengenharia da responsabilidade civil: as novas fronteiras do direito privado..... | 120 |
| Novos contornos da tutela da privacidade na Sociedade da Informação: afirmação do direito à autodeterminação informativa..... | 122 |

| | |
|--|------------|
| Responsabilização civil do Facebook por violação ao direito à autodeterminação informativa | 126 |
| Conclusão | 130 |
| Referências | 131 |
| TEORIA DOS STAKEHOLDERS: A PONTE ENTRE O MERCADO E A PESSOA | 134 |
| Introdução | 134 |
| Para além do homo economicus e do autointeresse | 135 |
| Teoria do valor do sócio ou acionista (shareholder) | 136 |
| Teoria do valor stakeholder | 139 |
| É possível a convivência entre o mercado e a teoria dos stakeholders? | 142 |
| Conclusão | 146 |
| Referências | 148 |
| OS CONTRATOS E O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE RISCOS | 150 |
| Introdução | 150 |
| O contrato como instrumento de alocação de riscos | 150 |
| Formas de alocação de riscos nos contratos | 152 |
| Patrimônio de afetação como mecanismo de gestão de riscos | 153 |
| Conclusão | 158 |
| Referências | 159 |
| DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA PELO CASAMENTO: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL DE FORTALEZA À LUZ DA CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DA LEI Nº 13.146/2015 | 161 |
| Introdução | 161 |
| A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o impacto no direito protetivo brasileiro | 162 |
| Estatuto da Pessoa com Deficiência: o reconhecimento legal do casamento das pessoas com deficiência | 166 |
| O casamento das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nos Cartórios de Registro Civil de Fortaleza | 168 |
| Conclusão | 171 |
| Referências | 172 |

PACTO COMISSÓRIO VERSUS PACTO MARCIANO: ESTRUTURAS SEMELHANTES COM REPERCUSSÕES DIVERSAS

Aline de Miranda Valverde Terra¹

Gisela Sampaio da Cruz Guedes²

“Se soubermos que um obstáculo é intransponível, deixa de ser um obstáculo para se tornar um ponto de partida”.

J. EöTvös

Introdução

Já se disse que “tudo o que é rigorosamente proibido é ligeiramente permitido”³. Essa frase retrata bem os ataques criativos que o pacto comissório tem sofrido ao longo de seu percurso histórico. Acontece que, do ponto de vista jurídico, há um verdadeiro abismo entre o que é proibido – vedado, portanto, pelo ordenamento – e o que é permitido e considerado válido. O problema é que muitas vezes o que determina essa distância é uma característica sutil, uma diferença aparentemente inofensiva na redação de uma cláusula ou no seu modo de operar.

O pacto comissório é um bom exemplo disso (especialmente quando comparado com o chamado pacto marciano) – sem dúvida, um dos temas mais intrigantes dos Direitos Reais. Já passou da hora de esse assunto ser revisitado; afinal, desde que o pacto comissório fora proibido em Roma, por ordem do Imperador Constantino⁴, os advogados tentam encontrar uma maneira de burlar tal proibição, o que não é difícil de se entender: pela ótica isolada do credor, a deflagração dos efeitos do pacto comissório realiza a garantia automaticamente, satisfazendo e extinguindo a relação obrigacional de forma simples, prática e eficiente.

Se fosse válido e admitido no Direito brasileiro, o pacto comissório traria, pois, inúmeras vantagens para o credor. Funcionaria, a bem da verdade, como uma espécie de “atalho” para a satisfação da obrigação, tornando desnecessários todos os recursos, judiciais e extrajudiciais, relacionados à execução do crédito, mediante identificação, penhora, avaliação e expropriação do objeto da garantia. Além de se proteger dos elevados custos da execução, o credor ainda poderia

1 Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora agregada do Departamento de Direito Civil e do Curso de Pós-graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ).

2 Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professora do Curso de Pós-graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ) e da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ).

3 A autoria desta frase é normalmente atribuída a Roberto Campos (1917-2001).

4 A origem do pacto comissório encontra-se atrelada ao Direito Romano, como explica Pontes de Miranda (2012, p. 96-97): “A regra jurídica proibitiva prende-se à L. 3, C., de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda, 8, 34 (35), que é de Constantino. Incide em cláusula do contrato de penhor, caução, hipoteca ou anticrese, ou no acordo de constituição, ou em pacto separado”. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 282), o pacto comissório “[é] uma técnica opressiva do economicamente mais fraco, que no Direito Romano já encontrou a repulsa do imperador Constantino, no século IV, e que mereceu expressa condenação ao tempo da compilação do século IV, eis que pelo menos quatro passagens do Código Justiniano se lhe referem, para repelir: Código, Liv. VIII, Tít. 28, Leis 4, 7 e 14; Liv. VIII, Tít. 35, Lei 3”. No mesmo sentido, atribuindo a proibição ao imperador Constantino: “O imperador Constantino, impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspereza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas aceitaram essa condenação” (BÉVILAQUA, 1980, p. 1229).

invocar a cláusula para se valer das ações inerentes à condição de proprietário (desde que configurado o inadimplemento), já que se tornaria titular do domínio com todos os poderes que lhe são característicos (disposição, gozo e fruição).

De fato, se o pacto comissório fosse mesmo lícito no direito brasileiro, sua presença no contrato de garantia eliminaria praticamente todos os riscos relacionados à insolvência do devedor e, por consequência, ao concurso de credores, nas figuras da recuperação judicial e extrajudicial, da falência e da insolvência civil. Operaria mediante a transferência automática da propriedade do bem para o credor, sem a concorrência ou interferência dos demais credores. Representaria, assim, uma espécie de “supergarantia” (ao menos quando o bem, de fato, superasse o valor da dívida, o que ocorre na grande maioria dos casos)⁵. Não é à toa que, na França, o assunto voltou à tona e, após anos de discussão, o Código Civil acabou sendo modificado para admitir o pacto comissório nos contratos celebrados a partir de 25 de março de 2006⁶.

Não é difícil, assim, entender a razão pela qual a proibição é tão questionada⁷. Para que se possa compreender o alcance dessa proibição, é preciso, antes de mais nada, investigar como e em que contexto ela surgiu para, num segundo momento, identificar o seu fundamento. Só assim será possível distinguir o que, de fato, o ordenamento veda (pacto comissório puro e simples, promessa de dação em pagamento realizada antes do vencimento ou qualquer outra forma que vise a fraudar a vedação ao pacto comissório) daquilo que seria, por assim dizer, admitido (dação em pagamento realizada depois do vencimento, pacto marciano etc.⁸).

A tradicional vedação ao pacto comissório

O termo pacto não suscita maiores dificuldades: alude a qualquer cláusula ou acordo, acessório a um contrato principal, de conteúdo mais amplo.

Já a expressão *Lex commissoria*, ou o adjetivo comissório, tem duplo sentido. Numa primeira acepção, remete à cláusula resolutiva em caso de inadimplemento. Na vigência do Código Civil (CC) de 1916, esse era o sentido empregado pelo art. 1.163, que o atrelava ao contrato de compra e venda, estabelecendo que, por meio do pacto comissório, a parte vendedora ressalvava o direito de resolver o contrato se o comprador deixasse de pagar o preço até certo dia (art. 1.163 do CC 1916⁹). Atualmente, o tema é regido pelo art. 474 do CC 2002.

5 Com efeito, passando a ser titular do bem dado em garantia, o credor poderia se utilizar, em caso de falência, do chamado pedido de restituição (se já não estivesse com a posse do bem), previsto no art. 85 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005). Na qualidade de credor titular de garantia real, apesar da sua preferência, ele tem que se submeter ao processo de realização dos ativos da massa, ficando atrás dos credores com pedidos legítimos de restituição, dos titulares de créditos trabalhistas ou de acidente de trabalho, dos titulares dos chamados créditos extraconcursais etc.

6 O Direito francês, nesse ponto, é bem diferente do Direito brasileiro: não só passou a admitir o pacto comissório nos contratos de penhor celebrados a partir de 25 de março de 2006 (art. 2.348 do Code Civil), como também aplica outra sanção para aqueles celebrados antes dessa data (na França, a sanção é a anulabilidade, e não a nulidade, como é no Brasil).

7 No Brasil, foi objeto de recente tese de doutorado – cuja leitura aqui se recomenda, por ser um dos trabalhos brasileiros mais aprofundados sobre o tema: cf. Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito Civil, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Alcides Tomasetti Júnior, 2013.

8 Pontes de Miranda (2012, p. 96) formula outros exemplos: “A procuração anterior ao vencimento é nula e nula a que se passa em adimplemento da cláusula proibida (G. PLANCK, - Kommentar, III, 4.^a ed., 915). Não é nula a opção ou a promessa de venda da coisa hipotecada, anticretizada ou empenhada, feita antes do vencimento, sem ser por motivo de inadimplemento; bem assim o contrato de compra-e-venda da coisa dada em garantia (L. RAPPE, Die Verfallklausel bei Pfand, 23). Também vale o pacto de retrovenda feita pelo comprador, devedor hipotecário, e pelo vendedor, credor hipotecário, quanto ao bem vendido e dado em garantia”.

9 CC1916: “DO PACTO COMISSÓRIO – Art. 1.163. Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em 10 (dez) dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda”.

Num segundo sentido, refere-se à cláusula que permite a transferência definitiva, para o credor, do bem objeto da garantia, em caso de inadimplemento do devedor (cf. arts. 1.365 e 1.428 do CC 2002). Ambas as cláusulas pressupõem o inadimplemento para operar, embora configurem institutos completamente distintos. Este artigo tratará apenas da segunda acepção do termo, atrelada que está às garantias de cumprimento.

No centro do debate estão, portanto, os arts. 1.365 e 1.428 do CC 2002. Segundo o art. 1.365, “[é] nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. No parágrafo único, lê-se que “[o] devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”. De acordo com o art. 1.428, “[é] nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Da mesma forma, admite-se, no parágrafo único, que “[a]pós o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”.

Na essência, como se vê, os dois dispositivos são idênticos, pois ambos vedam a possibilidade de o credor ficar com o bem objeto da garantia no caso de inadimplemento. A sanção também é a mesma e, aliás, gravíssima: a nulidade da cláusula¹⁰. A diferença está no campo de incidência: enquanto o art. 1.365 se aplica à propriedade fiduciária, o art. 1.428 incide no penhor, na hipoteca e na anticrese. O caput do art. 1.428 do CC2002 nada mais é do que a repetição fiel do art. 765 do CC 1916¹¹, que vedava a estipulação da chamada cláusula comissória, embora sem permitir expressamente a dação em pagamento, como o faz, no parágrafo único, o seu substituto. O parágrafo único do art. 1.428 do CC2002 veio, porém, apenas para consolidar o entendimento da doutrina dominante ainda na vigência do CC 1916: após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida. De fato, a cláusula comissória não se confunde com a dação em pagamento, que, quando atrelada à garantia, pode ser estipulada apenas após o vencimento da dívida.

É certo que o direito real de garantia confere ao credor o direito de executar o bem gravado para apurar o valor correspondente ao seu crédito. No entanto, não lhe dá o direito de, simplesmente, apoderar-se da garantia, para com ela pagar-se. E embora a cláusula comissória seja considerada imoral e leonina, a merecer a declaração de invalidade expressamente cominada pelo art. 1.428 do CC, isto “[...] não impede que as partes, a posteriori, ajustem a dação em pagamento e utilizem como instrumento de resgate do débito o próprio objeto antes dado em garantia. Uma coisa é o pacto comissório, outra a dação em pagamento” (GOMES, 2000, p. 344).

Nesse sentido, também afirma Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 282-283) que, não obstante a proibição da cláusula comissória, é lícita a convenção pela qual o devedor, após o vencimento da obrigação, entrega em pagamento da dívida a mesma coisa ao credor, que a aceita,

¹⁰ Do ponto de vista sistemático, a gravidade da sanção parece à primeira vista incoerente, porque, no ordenamento brasileiro, mesmo quem contrata em estado de necessidade ou sob coação não se sujeita a tão grave sanção. A sanção de nulidade acaba despertando não só a curiosidade, mas também a crítica da doutrina. Apesar dessa aparente incongruência, o ordenamento jurídico brasileiro, em diversas outras situações, prevê a sanção da nulidade para proteger a parte mais vulnerável da relação contratual. Basta lembrar das cláusulas abusivas, que se sujeitam à sanção da nulidade, quer nas relações de consumo, quer nas de trabalho. Vale esclarecer, como explica Pontes de Miranda (2012, p. 95-97), que “[o] que é nulo é a cláusula, ou pacto em separado, não o negócio jurídico do penhor, caução, anticrese ou hipoteca. A doutrina alemã vê aí regra jurídica interpretativa; porém o art. 153 é que se há de invocar no sistema jurídico brasileiro”.

¹¹ Mesmo no período anterior ao Código Civil de 1916, a proibição do pacto comissório já constava das Ordenações Alfonsinas, do ano de 1446, das Ordenações Manuelinas, de 1514, e das Ordenações Filipinas, de 1603. A proibição vinha referida também na Consolidação das Leis Civis. Interessante notar que todos esses diplomas admitiam a possibilidade de o credor ficar com o bem objeto da garantia, contanto que pelo preço justo, a ser determinado por meio de uma avaliação.

liberando-o. A dação em pagamento, segundo esse autor, não participa da natureza “antissocial” da cláusula comissória. Não se trata aqui de direito assegurado ao credor, “[...] mas de faculdade reconhecida ao devedor, que resulta da vontade livre daquele que deve” (VIANA, 2007, p. 788).

Já o art. 1.365 do CC 2002 reproduz, na disciplina da propriedade fiduciária de bens móveis e infungíveis, a regra que já foi aplicável à alienação fiduciária em garantia, por força do art. 66, §6º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, com redação dada pelo Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, revogado pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Nessa seara, a jurisprudência até hoje discute, como se verá mais à frente, se o pacto comissório é proibido apenas nos casos de hipoteca, penhor e anticrese, ou em todos aqueles em que há transferência de titularidade de posições jurídicas, reais ou obrigacionais, com o objetivo de assegurar o pagamento de uma dívida. O art. 1.365 não apaziguou a controvérsia, mas estendeu a proibição para, expressamente, abarcar também a propriedade fiduciária.¹²

Salvo pela espécie de garantia, o suporte fático de incidência dos arts. 1.365 e 1.428 do CC2002 é, portanto, idêntico.¹³ Segundo Luís Gustavo Haddad (2013, p. 23), são normas que incidem a depender de três pressupostos: (i) existência de uma obrigação principal não vencida, isto é, de uma relação jurídica obrigacional cujo prazo de vencimento ainda não expirou e, portanto, ainda não é exigível; (ii) a constituição, em favor do credor dessa obrigação, de garantia correspondente à propriedade fiduciária (art. 1.365), à hipoteca, ao penhor ou à anticrese (art. 1.428), o que pressupõe a formação de uma relação jurídica de direito das coisas, de caráter acessório; e, finalmente, (iii) a estipulação de uma cláusula que, diante tão só da ausência de pagamento pontual, atribui automaticamente ao credor o poder, em sentido amplo, de “ficar com” o bem alienado fiduciariamente, ou dado em penhor, hipoteca ou anticrese (leia-se: o poder de tornar-se proprietário do bem em sentido amplo), independentemente de ele ser de titularidade do devedor ou de terceiro que o tenha oferecido em seu favor.

Com efeito, para a caracterização do pacto comissório, o bem não precisa ser, necessariamente, de titularidade do devedor; pode ser de titularidade de terceiro que o tenha oferecido em garantia em favor do devedor. A despeito disso, o pacto comissório só resta configurado se sua estipulação for anterior ao vencimento da obrigação. Significa dizer, por outras palavras, que o

12 A rigor, na alienação fiduciária em garantia, a vedação ao pacto comissório não impede a apropriação do bem pelo credor em caso de inadimplemento (até porque isso seria mesmo incompatível com essa modalidade de garantia, que pressupõe a transmissão do domínio do bem para o credor), mas, sim, a manutenção do bem no patrimônio do credor após o vencimento da dívida. Por conta das peculiaridades da alienação fiduciária, alguns autores questionam a proibição do pacto comissório nessa modalidade de garantia. Veja-se, por todos, a opinião de Orlando Gomes (1972, p. 87-89).

13 Em outros ordenamentos, vige idêntica proibição (Alemanha, §§ 1.149 e 1.229 do BGB; Itália, arts. 1.963 e 2.744 do CC; Espanha, arts. 1.859 e 1.884 do CC; Portugal, art. 694 do CC). Na França, a reforma legislativa de 23 de março de 2006 derrubou a proibição do pacto comissório, ao modificar o art. 2.348 do CC, que passou a ter a seguinte redação: “Article 2348. Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu’à défaut d’exécution de l’obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l’amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s’il existe d’autres créanciers gagistes, est consignée”. Em tradução livre: “É possível convencionar, quando da constituição do penhor ou posteriormente, que, na falta de cumprimento da obrigação garantida, o credor se tornará proprietário do bem empenhado. O valor do bem deverá ser determinado na data da transferência por um especialista designado de comum acordo ou judicialmente, salvo se existir cotação oficial do bem em um mercado organizado conforme definido no Código Monetário e Financeiro. Toda cláusula em sentido contrário é reputada não escrita. Se o valor do bem empenhado exceder o montante da dívida garantida, a soma correspondente a esse excesso deve ser revertida ao devedor ou, caso existam outros credores pignoratícios, consignado”. Segundo Francisco Cláudio de Almeida Santos (2006, p. 94), o direito inglês não veda o pacto comissório, nem o direito americano: “Demonstra-se na longa nota reproduzida que não é vedada a cláusula comissória no direito inglês. Muito ao contrário, é ela permitida, claramente. O mesmo acontece no direito americano, lembrando-se com respeito a este tratar-se de matéria sujeita à legislação estadual”.

pacto comissório tanto pode ser constituído concomitantemente à celebração do negócio jurídico principal, como também pode ser firmado posteriormente (trata-se – essa segunda espécie – do chamado pacto comissório *ex intervallo*), desde que, em ambos os casos, seja anterior ao vencimento.

Durante muito tempo, a doutrina discutiu a natureza da proibição, procurando identificá-la, como de costume, com alguns institutos previstos no Código, como as obrigações alternativas, a cláusula penal, a retrovenda e a própria alienação fiduciária em garantia. Essa discussão foi muito importante no seu contexto histórico, mas o fato é que o pacto comissório claramente não se confunde com eles, de modo que a comparação, a rigor, já não se justificaria, tanto mais no atual estágio de discussão (a considerar a doutrina estrangeira). Faz-se referência a tais institutos aqui apenas com intuito de esclarecer rapidamente as diferenças, já que no Brasil o tema é pouco difundido.

Com as obrigações alternativas, o pacto comissório não se confunde por diversas razões. A primeira porque, no pacto comissório, não há uma “escolha” nem propriamente uma “concentração”, no sentido técnico do termo, como pressupõem as obrigações alternativas – a concentração, por definição, é ato voluntário e lícito e, no pacto comissório, ela nasce em função do inadimplemento, que configura ato ilícito. A segunda duas, porque, nas obrigações alternativas, a concentração é necessariamente posterior ao surgimento da relação obrigacional e, no pacto comissório, surge no mais das vezes concomitantemente à constituição da relação obrigacional. A terceira, porque “[...] aquilo que, em tese, representaria a segunda prestação, no caso do pacto comissório, na realidade é uma consequência jurídica que se processa *ipso facto*, e não um ato de colaboração espontânea do devedor” (HADDAD, 2013, p. 27-28). Com efeito, o que seria, por assim dizer, o “adimplemento automático”, consequência prática do pacto comissório, não é escolhido pelo credor nem pelo devedor, sendo antes fruto do acordo das partes.

O pacto comissório também nada tem a ver com a cláusula penal, salvo pelo fato de ela reforçar indiretamente o vínculo obrigacional (aqui é importante lembrar-se de que a cláusula penal pode ser constituída em bens – não precisa estar estipulada, necessariamente, em dinheiro –, o que a torna, por vezes, próxima do pacto comissório¹⁴). A cláusula penal não configura, porém, uma garantia em sentido estrito e, diferentemente do pacto comissório, seus efeitos restringem-se ao campo do direito das obrigações. Além disso, a cláusula penal também pode dizer respeito à mora, enquanto o pacto comissório não (pressupõe sempre o inadimplemento absoluto).

Em relação à retrovenda, a semelhança é funcional, mas há distinções relevantes: nela, a transferência da propriedade normalmente ocorre antes mesmo do pagamento integral do preço e se torna irreversível após o decurso do prazo decadencial, mas o exercício do direito de resgate do vendedor, a rigor, não depende do inadimplemento do comprador. Já o pacto comissório pressupõe o inadimplemento – a transferência da propriedade fica condicionada à sua ocorrên-

14 Na lição de Judith Martins-Costa (2003, p. 421-422): “3. Bens que podem constituir o conteúdo da cláusula penal. Completando a noção de cláusula penal, cabe, por fim, registrar que tipo de bem pode constituir o seu conteúdo. Conquanto, em regra, a pena seja pecuniária, pode ser em outro bem, móvel ou imóvel, podendo também consistir em obrigação de emitir declaração de verdade. Neste caso a sentença do juiz, aplicando a pena, tem eficácia de condenação a declarar. Já quanto aos efeitos, o critério da natureza do bem (em dinheiro, ou não), convive com o critério pelo qual se distingue entre as duas espécies ou modalidades de cláusula penal, a substitutiva (compensatória) ou cumulativa (moratória). Se consistir em bem que não seja dinheiro, móvel ou imóvel, será preciso examinar se a cláusula penal configura uma ou outras das duas modalidades. Se compensatória, a exigência da pena exclui a pretensão à indenização por perdas e danos; se cumulativa, não exclui”.

cia. É corrente a assertiva, contestada com razão por Moreira Alves (1967), de que a compra e venda com pacto de retrovenda representa na maioria das vezes um negócio simulado ou fraudulento, tendente a contornar, precisamente, a vedação ao pacto comissório, mas isso não é verdade.¹⁵ Trata-se, a rigor, de uma cláusula especial à compra e venda, perfeitamente lícita e regulada pelo Código.

Há, por fim, quem equipare o pacto comissório à alienação fiduciária em garantia, sob condição suspensiva, consistindo no inadimplemento. Segundo Luís Gustavo Haddad (2013, p. 33-34), a comparação não tem fundamento, porque pressupõe que “[...] a transferência de propriedade (em sentido amplo) que se opera por força da deflagração do pacto comissório seria, ela mesma, uma transferência em garantia; como se o pacto comissório fosse uma espécie de garantia de segundo grau, que se sobreporia ao penhor, à hipoteca e à anticrese”. Como explica o autor, não existe qualquer circunstância que sugira existir, na transferência de propriedade que ocorre quando os efeitos do pacto comissório se operam, um caráter fiduciário, o que seria uma redundância nos seus próprios termos.

O pacto comissório, como se vê, não se confunde com tais institutos: tem vida própria e, a rigor, a comparação seria mesmo dispensável, não fosse o descuido do tema no Direito brasileiro. Mais importante do que isso, porém, é examinar os fundamentos da proibição, o que se passará a fazer a seguir.

Fundamentos da proibição ao pacto comissório

Para compreender a ratio contida nas normas que transpõem para o Direito brasileiro a vedação do pacto comissório, faz-se necessário investigar a real finalidade perseguida pelos arts. 1.365 e 1.428 do CC 2002. Segundo a doutrina, a proibição do pacto comissório serve a duas grandes funções: (i) proteger o devedor e (ii) preservar a aplicação do princípio da par conditio

¹⁵ E a explicação é, de fato, convincente: “3. A retrovenda com escopo de garantia. Com alguma frequência, a compra e venda com pacto de retrovenda é usada para servir, indiretamente, de garantia: ao invés de duas pessoas celebrarem contrato de mútuo com garantia real, efetuam uma compra e venda com pacto de retrovenda, de modo que o vendedor obtém, a título de preço, a quantia de que necessita, e o comprador recebe a coisa que somente retornará à propriedade daquele, se houver a restituição da importância que faz as vezes de preço e o reembolso de certas despesas, dentro de determinado prazo. [...] Surge, nesse caso, uma questão bastante controversa: a retrovenda utilizada com escopo de garantia é válida no direito brasileiro? E o problema se agrava se se considerar que, através dela, se atingirá, economicamente, finalidade vedada, com relação ao mútuo pignoratício, anticrético ou hipotecário, pelo artigo 765 do Código Civil [...]. Quanto ao primeiro problema, somos de opinião de que, quando a retrovenda com escopo de garantia se apresenta como negócio jurídico indireto, não há fraude ao citado artigo 765, que estabelece: ‘É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento’. [...] Temos para nós que, em se tratando do art. 765 do Código Civil, não nos encontramos diante de uma daquelas normas às quais RUBINO dá a denominação de normas materiais, mas, sim, das que vedam o resultado quando obtido diretamente através de determinada forma jurídica. Demais, é de considerar-se que, além de as estruturas jurídicas da venda a retro e dos institutos, a que alude o artigo 765 do Código Civil Brasileiro serem evidentemente diversas, não há que se invocar a proteção a que visa esse dispositivo legal, em se tratando de compra e venda com retrovenda. De fato, mesmo que não se admita que — como entende Carnelutti — a proibição do pacto comissório visa a proteger o interesse do devedor e o de seus credores quirografários, mas, ao contrário, que se pretenda que sua finalidade é impedir o abuso de uma das partes (o credor) contra a outra (o devedor) cuja liberdade está cerceada pela precisão de dinheiro, contra isso está protegido o vendedor, na venda a retro, pelas normas que combatem a usura real. Note-se, enfim — o que, em geral, tem escapado aos autores que se ocupam desse problema —, que os juristas do direito intermédio (inclusive os portugueses) tiveram a intuição dessa diversidade de situações, tanto assim que, apesar de o pacto comissório ser proibido desde os tempos de Constantino, não consideravam nula a venda a retro com escopo de garantia. Com efeito, S. COOCEIO entendia que, se a venda a retro com escopo de garantia não fosse simulada nem usurária, não havia motivo para que ela não se considerasse válida” (ALVES, 1967, p. 15-29).

creditorum¹⁶ – ambas igualmente importantes e dignas de tutela¹⁷.

No que diz respeito à primeira finalidade, é preciso reconhecer que, tal como concebida, a vedação ao pacto comissório é, de fato, um instrumento que visa à proteção do devedor. Admitindo-se o pacto comissório no Direito brasileiro, a verdade é que, em condições normais, o credor quase sempre optaria por exercer a sua prerrogativa – ou poder, em sentido amplo – de ficar com o bem objeto da garantia, porque, no mais das vezes, o valor deste supera em muito o da obrigação por ele garantida. Já nas raras hipóteses em que o valor da obrigação principal ultrapassasse o valor do bem objeto da garantia, a tendência natural seria que o credor preferisse perceber o valor obtido pela venda do bem em juízo, mantendo, assim, o seu direito de crédito em relação à parcela descoberta.

É precisamente a assimetria existente entre tais situações que justifica a proibição do pacto comissório: fosse válido o pacto comissório, o devedor ficaria à mercê do credor, que agiria sempre em prol dos seus próprios interesses, enriquecendo-se às custas do devedor. A própria função desempenhada pelas garantias reais seria posta em xeque, porque elas passariam a servir a propósitos especulativos. Com a proibição do pacto comissório, evita-se que o credor obtenha a propriedade de um bem cujo valor é notavelmente superior ao valor nominal do crédito, em prejuízo do devedor, que teria o seu patrimônio diminuído, e dos demais credores (titulares de créditos privilegiados e credores quirografários, estes subordinados em relação ao titular de garantia real) (PERERA; LOBATO; LÓPEZ, 2008, p. 627)¹⁸.

Na opinião de Luís Gustavo Haddad (2013, p. 122), a “proteção do devedor” foi, em realidade, apenas a justificativa histórica para que fosse estatuída a proibição do pacto comissório no período pós-clássico do Direito romano. Na visão dele, esse fundamento não se coaduna com o fato de que, após o vencimento, as partes podem firmar uma dação em pagamento com o próprio bem objeto da garantia, pois a debilidade do devedor, a seu ver, não é menor após o vencimento. Para Luís Gustavo Haddad, ao contrário do que se poderia supor pela leitura dos parágrafos únicos dos art. 1.365 e 1.428 do CC 2002, “[...] o vencimento da dívida sem o correspondente pagamento, pesadas as circunstâncias, pode deixar o devedor numa posição mais vulnerável às pressões excessivas do credor, se comparada à situação do devedor no momento em que a dívida ou a garantia são constituídas”.

Além disso, entende Luís Gustavo Haddad que o intuito de proteger o devedor não explica a razão de a sanção estabelecida pelo Código ser tão grave – nulidade, e não anulabilidade. Afinal, em situações mais graves (exemplos: dolo, coação) ou análogas em termos de gravidade

16 Como bem sintetiza Mauro Bardawil Penteadó (2008, p. 196): “Diversos são os fundamentos do preceito que vedam o pacto comissório; o principal deles continua a ser a proteção do devedor. Como na prática o credor exige como garantia um bem de valor substancialmente superior ao da dívida garantida, alega a maioria dos autores que, se fosse permitida a cláusula comissória, o devedor seria expropriado, de forma não comutativa, de um bem cujo valor seria superior ao da dívida não paga. Sustenta-se, ainda, em doutrina, que a ratio legis da vedação do pacto comissório encontra amparo também na defesa dos demais credores do devedor pignoratício. Nesse particular, defende-se que, para uma efetividade maior do princípio da par conditio creditorum, o devedor não pode ser desapossado de um bem cujo valor é superior ao da dívida; se de fato isso se verificasse, os demais credores do devedor pignoratício seriam lesados, pois o valor do bem que sobejasse a dívida garantida não poderia ser utilizado para o seu pagamento”.

17 Afinal, não fossem os malefícios que traz para o devedor e para os demais credores, o pacto comissório seria um instrumento efetivamente útil, porque, de um lado, colocaria o credor numa posição bastante confortável, e exatamente por isso, do outro, ajudaria o devedor a obter o crédito.

18 No mesmo sentido: “A ideia dominante entre nós é a de que a proibição do pacto comissório é justificada pela necessidade de proteger o devedor face a eventuais extorsões por parte do credor, identificando-se com a ratio do art. 1146 [do CC português] que une a usura, bem como com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usuários (art. 282)” (GOMES, 2000, p. 92).

(ex. lesão) – argumenta o autor –, a resposta da ordem jurídica cinge-se ao regime das anulabilidades¹⁹. Por esses motivos, talvez não se possa mesmo atribuir, única e exclusivamente à proteção do devedor, a necessidade de se coibir o pacto comissório, embora esse fundamento, salvo melhor juízo, continue sendo legítimo²⁰. O problema é que, se a finalidade é a de proteger o devedor, essa proteção é de certa forma falha – porque, de um lado, é deficiente (não protege o devedor integralmente, especialmente depois do vencimento) e, do outro, inadequada (protege, mas, ao mesmo tempo, dificulta a obtenção do crédito).

Registrada a crítica, a vedação ao pacto comissório tem ainda outra importante função: assegurar, como já se adiantou, a proteção da par conditio creditorum, isto é, preservar o princípio segundo o qual, no rateio entre credores, todos eles devem ser tratados de maneira igual, não podendo o devedor privilegiar qualquer um deles em detrimento dos demais. A vedação ao pacto comissório tutela tal princípio porque circunscreve o montante do patrimônio do devedor sujeito ao privilégio creditório, em razão da garantia real, ao efetivo quantum da dívida, permitindo, pois, que qualquer excedente apurado após a alienação em juízo (ou fora dele) retorne ao patrimônio do devedor, em benefício dos demais credores.

É evidente que a própria prioridade atribuída aos credores que são titulares de garantia real já representa uma exceção ao princípio da igualdade no concurso de credores, devendo, por isso mesmo, ser limitada. A vedação ao pacto comissório evita, justamente, que o credor garantido pelo direito real não se beneficie duplamente – para além do permitido –, em prejuízo dos demais credores. Admitindo-se o pacto comissório, o que aconteceria, na prática, é que o credor agraciado pela garantia real não só teria prioridade para satisfazer o seu crédito em relação ao bem objeto da garantia – o que constitui efeito inerente ao fato de ele ser titular de uma garantia real –, mas também poderia apropriar-se do referido bem mesmo na hipótese de ele valer mais do que a própria dívida, em detrimento dos demais credores.

Os princípios que regem o contemporâneo direito contratual não se compadecem com mecanismos que possam legitimar, direta ou indiretamente, a “institucionalização de castas entre credores” – nas palavras de Manuel Januário da Costa Gomes (2000, p. 92-95) –, fora, evidentemente, das vias transparentes e objetivas que justificam as exceções ao princípio da par conditio creditorum. E mais: se fosse lícito o pacto comissório, o credor titular da garantia ainda passaria na frente de outros credores que, segundo a lei, deveriam ser atendidos com prioridade, a exemplo dos credores cujos créditos têm natureza trabalhista. Assim é que o pacto comissório poderia prejudicar tanto os credores que estão em posição de subordinação (qui-rográforos), quanto os credores que – por força da lei – têm prioridade em relação àqueles titulares de garantias reais.

A preservação da par conditio creditorum constitui, por isso mesmo, fundamento legítimo a justificar a proibição, apesar da sua importância relativa em face das diversas hipóteses em que, no Direito brasileiro, se admite o tratamento desigual entre os credores. De fato, é preciso

19 Já nas hipóteses de fraude contra credores, fraude à execução e àquelas previstas no art. 129 da Lei de Falências, complementa o autor, o regime jurídico é o da ineficácia. A crítica, entretanto, não é tão bem fundamentada. O ordenamento brasileiro prevê a sanção de nulidade em diversas outras hipóteses em que, no âmbito de uma relação contratual, há, de fato, uma parte vulnerável, a exemplo das cláusulas abusivas inseridas em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, reputadas nulas.

20 Discorda-se da opinião de Luís Gustavo Haddad (2013, p. 67), para quem a proteção do devedor pode ser invocada na atualidade apenas como razão histórica. Na visão do autor, não se sustenta, à luz do direito vigente, a tentativa de fundamentar a proibição do pacto comissório na necessidade de proteção do devedor. Entende-se, todavia, que a proteção do devedor não é único fundamento, mas ainda é um fundamento legítimo (quicá, o mais importante).

reconhecer que tal princípio “[...] só se manifesta genuinamente, determinando o rateio do ativo proporcional ao valor das dívidas, no que concerne aos credores de uma mesma classe” (RENTERIA, 2014, p. 169)²¹. Apesar disso, o princípio ainda é constantemente invocado como fundamento da proibição do pacto comissório, especialmente pela doutrina estrangeira.

Somam-se a essas duas precípuas finalidades, outras quatro, que também são aventadas pela doutrina, embora sem ocupar lugar central: (iii) a proibição ao pacto comissório seria um componente da repressão à usura²²; (iv) a norma proibitiva teria por finalidade coibir o enriquecimento injustificado do credor; (v) o pacto comissório, se praticado, violaria o caráter inderrogável da via judicial como meio de realização da garantia – ou, em outros termos, a vedação ao pacto comissório nada mais seria do que um afloramento da proibição geral da justiça privada; e (vi) haveria um interesse social em coibir a difusão do pacto comissório.²³

Como se vê, à vedação de um único instituto são atribuídas seis diferentes funções, o que, por si só, mostra como o tema merece atenção. Parece-nos que o fundamento da proibição é, de fato, plúrimo²⁴, mas, salvo melhor juízo, não se finca na repressão à usura, nem, tampouco, no direito processual, ou, mais especificamente, não tem a ver com “o caráter inderrogável da via judicial como meio de realização da garantia” ou com a proibição geral, no dito popular, de se fazer justiça “com as próprias mãos” (quinto fundamento). Também não parece estar atrelada a um interesse social geral em se coibir esse tipo de prática. E diz-se isso por inúmeras razões.

Quanto ao terceiro fundamento, entende-se que não se pode qualificar a vedação do pacto comissório como uma extensão da proibição à usura, porque, embora o pacto comissório possa, de fato, acobertar a cobrança de juros superiores aos admitidos por lei (quando o bem objeto da garantia corresponde ao valor do empréstimo acrescido de juros), essa é uma circunstância accidental. Há outras figuras que também podem se prestar a isso e que não são consideradas peremptoriamente nulas, como é o caso da compra e venda com pacto adjeto de retrovenda. Como se isso não bastasse, ainda que o pacto comissório fosse avençado no âmbito de um empréstimo cujos juros fossem condizentes com os limites legais, isso não afastaria a sanção de nulidade, prevista nos arts. 1.365 e 1.428 do CC2002, o que também comprova que o fundamento não se sustenta. Por outro lado, como observa Luís Gustavo Haddad (2013, p. 123), “[...] se o pacto comissório fosse um componente da repressão à usura, as instituições financeiras deveriam estar

21 Segundo Pablo Renteria (2014, p. 170), o fato de a nulidade do pacto comissório intervir independentemente da situação financeira do devedor, podendo ser declarada ainda que ele tenha bens suficientes para pagar todos os credores, “[...] parece confirmar que a tutela dos credores não é o verdadeiro fundamento da referida nulidade”. E, mais à frente, conclui: “[...] a orientação doutrinária dominante permanece sendo a mais acertada à luz do direito vigente, de sorte que a nulidade do pacto comissório, no ordenamento brasileiro, vincula-se à proteção do devedor” (RENTERIA, 2014, p. 173). Embora, de fato, o fundamento da proibição seja plúrimo, parece não haver dúvidas de que a proteção do devedor é a questão central mais importante.

22 Nesse sentido: “O fundamento do art. 765 está em que o pacto comissório, nas garantias reais, poria o devedor à mercê de explorações usuárias” (MIRANDA, 2012, p. 96-97).

23 Além das duas finalidades mais importantes, Manuel Januário da Costa Gomes (2000, p. 92-95) elenca outras tantas justificativas que surgiram, paulatinamente, para fundamentar a proibição do pacto comissório: “Assim, BETTI associa a proibição à atribuição exclusiva ao Estado do controlo sobre o não cumprimento das obrigações; LOJACONO explica-se à luz da necessidade de efectivação do princípio par condicio creditorum; BIANCA invoca a existência de um interesse geral para evitar um ‘prejuízo social’, ideia grosso modo retomada por CARNEVALI, quando se reporta a um interesse geral no regular e correcto desenvolvimento das relações jurídicas; finalmente, the last but not the least, COSTANZA considera que muito provavelmente devem ser relevadas todas as razões apresentadas, que não são entre si incompatíveis ou contraditórias, ‘respondendo, antes à lógica unitária da correção negocial’. Aderindo, grosso modo, à ideia de COSTANZA, parece-nos que a ratio da proibição do pacto comissório é plúrima e comp lexa, relevando, a um tempo, o propósito de proteger o dever da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfego, de não serem falseadas as ‘regras do jogo’, através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (seja ele efectivo ou potencial) prejuízo dos demais”.

24 Cf. Portugal, STJ, SJ200512210044792, Rel. Pereira da Silva, j. 21.12.2005, v.u.

imunes a essa proibição”.

No que diz respeito ao quarto fundamento, afirma-se que uma das finalidades das normas proibitivas é coibir o enriquecimento injustificado ou mesmo ilícito do credor. Os arts. 1.365 e 1.428 do CC2002 seriam, assim, expressões de um princípio maior, que veda o enriquecimento injustificado no Direito brasileiro. De toda forma, esse é um fundamento que normalmente vem associado às duas primeiras funções da proibição (proteção do devedor e par *conditio creditorum*), não sendo, de regra, invocado de forma autônoma (muito provavelmente porque a disciplina do instituto é mesmo subsidiária, como se depreende do art. 886 do CC2002²⁵).

Em relação ao quinto fundamento, embora a ninguém seja dado, evidentemente, fazer justiça “com as próprias mãos”, o desenvolvimento da mediação e da arbitragem como formas alternativas de solução dos litígios já evidencia que a referida “proibição geral de justiça privada” não é absoluta. Aliás, o ordenamento jurídico brasileiro contempla inúmeras hipóteses em que se prescinde totalmente do processo civil e da via judicial (são exemplos: o desforço imediato, o direito de retenção, a compensação, o crédito consignado em folha de pagamento etc.). Esse suposto caráter inderrogável da via judicial, como forma de excussão das garantias, também é incompatível com a venda amigável, prevista para o penhor (art. 1.433, inciso IV, do CC 2002).

Apesar de a “venda amigável” não se confundir com o pacto comissório – em realidade, nada tem a ver com ele –, a sua admissão, no Direito brasileiro, evidencia que o fundamento da vedação ao pacto comissório não está no caráter inderrogável da via judicial como meio de realização da garantia, mas, sim, no direito material. Como já observou Adolfo Wegmann Stockebrand (2009), se o fundamento da proibição do pacto comissório fosse de natureza processual, o legislador não teria tratado do tema apenas no âmbito dos direitos reais de garantia²⁶. Além disso, considerando a realidade brasileira, é de todo recomendável que sejam desenvolvidos mecanismos que restrinjam, tanto quanto possível, a participação do Judiciário na execução da garantia.

Por fim, o sexto e último fundamento é o interesse social, invocado por Bianca (1957a), como motivador da proibição. Segundo o autor, haveria um interesse social em se prevenir um dano geral, inerente à liberdade de firmar o pacto comissório. O problema é que nem mesmo Bianca esclarece qual seria exatamente esse interesse, tampouco o potencial dano a ser produzido. Como Luís Gustavo Haddad (2013, p. 101), também não se compreende muito bem “[...] o porquê de a celebração ser tida por socialmente danosa antes do inadimplemento, e socialmente aceitável após o inadimplemento”.

Seja como for, são tantas e tão importantes as justificativas a fundamentar a proibição do

25 Do ponto de vista técnico, nem se poderia falar, propriamente, num “enriquecimento sem causa”, porque a causa seria, exatamente, o pacto comissório, mas, sim, num enriquecimento ilícito, porque a causa seria vedada pelo ordenamento.

26 A esse respeito, veja-se a seguinte passagem: “Por otra parte, si el fundamento de la prohibición del pacto comisorio fuera estrictamente procesal, no debería considerarse como norma específica de las garantías reales, sino general en sede de responsabilidad patrimonial. Pero es un hecho que dicha prohibición se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento específicamente respecto de la prenda y la hipoteca, e implicando la nulidad absoluta por objeto ilícito de los pactos celebrados en contravención, no es admisible su aplicación extensiva o por analogía a supuestos que no se encuentran sujetos expresamente a ella; como es, por lo demás, la regla en materia de normas de carácter prohibitivo de estos supuestos” (STOCKEBRAND, 2009, p. 117-119). Ainda em crítica ao fundamento processual, cf. “Si el bien cedido en garantía es un crédito dinerario, nada obsta la validez del pacto por el que el acreedor pueda cobrar el crédito cedido como forma de satisfacerse su crédito subyacente, o por el que se adjudique el crédito en pago de la obligación satisfecha. Esto viene a probar, de hecho que detrás de la prohibición del pacto comisorio, y en especial del pacto comisorio implícito en una operación de venta fiduciaria, el interés realmente protegido es el de prevenir un enriquecimiento injusto del acreedor, no el de proscribir formas privadas o no oficiales de ejecución de los derechos de garantía o el de salvaguardar la autonomía contractual del deudor frente a presiones de acreedor que deban aceptarse como condición para la obtención de crédito” (PERERA; LOBATO; LÓPEZ, 2008, p. 627).

pacto comissório que parte da doutrina sustenta que a sanção de nulidade, expressamente cominada pelos arts. 1.365 e 1.428 do CC2002, não pode ser acantonada aos estritos quadros do penhor, da hipoteca e da anticrese, devendo estender-se sempre que o credor, valendo-se do recurso a outra figura, pretenda obter o mesmo efeito proibido pelo pacto comissório, isto é, apropriar-se definitivamente da propriedade do bem objeto da garantia em caso de inadimplemento (revelando o instituto, assim, sua função intrínseca de garantia).

É preciso, porém, ter muito cuidado com esse tipo de afirmação, porque, se é verdade que o Direito brasileiro não se presta a tutelar a fraude à lei, por outro lado, é igualmente verdade que o ordenamento do país admite outras figuras em que a questão da transferência da propriedade pode revelar uma função secundária ou indireta de garantia (a exemplo da retrovenda e da opção de compra). Exatamente por isso, a afirmação, sem qualquer reserva, do ponto de vista sistemático, parece demasiadamente rígida²⁷. Assim, se, por um lado, há razões de sobra para se banir o pacto comissório do nosso ordenamento, por outro, como se verá na sequência, a ampliação indevida do alcance das normas proibitivas, para além de desrespeitar as regras de hermenêutica, pode trazer consequências deveras nocivas.

O alcance dos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil

Questão que aflige não só a doutrina, mas também – e principalmente – os advogados que militam nessa área é a de saber se os arts. 1.365 e 1.428 do CC 2002 abrangem todas as formas de garantia, incluindo a propriedade plena, nos casos em que esta é transferida para assegurar o pagamento de um débito, ou se se restringem às garantias reais ali referidas. Indaga-se, nas palavras de Luís Gustavo Haddad (2013, p. 6), “[...] se a razão de ser está presente apenas nos direitos reais de garantia ou em todos os casos em que se reconhece a constituição ou transferência de posições jurídicas destinadas a funcionar como garantia”. Qual é, afinal, o real alcance dessas normas?

O questionamento é relevante sobretudo porque, a depender da abrangência dessas normas, a proibição do pacto comissório poderia ser estendida para abarcar outros institutos que nem garantias típicas são, mas que desempenham uma função, por assim dizer, muito próxima ou mesmo “indireta” de garantia. É o caso, por exemplo, do contrato de opção – embora atípico no Direito brasileiro, é utilizado com tanta frequência que adquiriu, como já se observou, certa “tipicidade social”.²⁸

Com efeito, no meio empresarial, o contrato de opção de compra é usado corriqueiramente com função indireta de garantia. No mais das vezes, nesses casos, o que dispara o exercício da opção é o inadimplemento do devedor no âmbito de outra relação jurídica, dita principal. Se o devedor descumpre o contrato principal, o credor exerce a opção de compra de determinado bem, mediante o pagamento de um preço previamente determinado (preço de exercício). Assim, no momento patológico da relação, quando se configura o inadimplemento, o credor consegue a transferência da propriedade do bem, mediante o simples exercício do seu direito potestativo,

²⁷ Para crítica mais contundente, cf. Manuel Januário da Costa Gomes (2000, p. 94-95).

²⁸ Veja-se a esse respeito: “[...] não há como negar que os negócios outorgativos de opção, apesar de não gozarem de regulamentação específica em nossa legislação (atipicidade jurídica), cumprem funções deveras importantes, principalmente no mundo negocial atual, sendo amplamente utilizados pelos agentes de mercado. Mais do que isso, há uma consciência social, ainda que não tão latente quanto àquela dos contratos preliminares, acerca da figura de que se trata, sobretudo no que tange aos seus efeitos almejados pelas partes. Tudo isso leva a crer ser defensável a existência de tipicidade social de referidos negócios que, em um futuro próximo, devem ensejar a regulamentação positiva de nosso ordenamento” (IGLESIAS, 2011, p. 134-135).

assegurado pela opção.

O contrato de opção, a rigor, não se encontra no estreito rol das garantias reais²⁹; a princípio, não gera para o credor, titular da opção, qualquer direito real, que lhe confira preferência no âmbito de um concurso de credores. Trata-se de direito de crédito, que até pode ter eficácia real (pense-se, por exemplo, no contrato de opção de compra de ações, registrado nos livros da companhia³⁰, ou no contrato de opção de compra de um imóvel, constante junto à sua matrícula, no RGI competente), mas isso, por si só, não o torna direito real de garantia.³¹ O contrato de opção pode ser considerado uma tentativa de burlar a proibição do pacto comissório? A vedação ao pacto comissório contaminaria este tipo de operação? Ou o campo de incidência dos arts. 1.365 e

29 Diz-se que, ao contrário dos direitos de crédito, submetidos ao princípio da liberdade de autonomia privada para a sua criação, os direitos reais devem ter seus contornos estipulados em lei. Veja-se, a esse respeito, a distinção entre taxatividade e tipicidade: “Tem-se aqui, como princípio de ordem pública, a taxatividade normativa. Neste particular, cabe a observação de que o sistema do *numerus clausus*, em verdade, exprime-se de dois modos. Significa, por um lado, a taxatividade das figuras típicas, quando examinado do ponto de vista da reserva legal, para a criação dos direitos subjetivos; e, por outro lado, traduz-se no princípio da tipicidade propriamente dito, quando analisado sob o ângulo de seu conteúdo, significando que a estrutura do direito subjetivo responde à previsão legislativa típica. A taxatividade refere-se, assim, à sua fonte e a tipicidade às modalidades do exercício dos direitos, uma e outra conforme a dicção legal” (TEPEDINO, 2006, p. 287-289).

30 Embora o contrato de opção não esteja referido expressamente no art. 40 da LSA, grande parte da doutrina entende que a opção está ali implicitamente contemplada: “Em breve síntese, permite-se a averbação de quaisquer ‘cláusulas ou ônus que gravarem a ação’, se ações nominativas, no livro de registro de ações nominativas, ou se escriturais, junto à instituição financeira responsável. Adiante, dispõe [o artigo 40], em seu parágrafo primeiro, que, se averbados, ‘a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros’. Portanto, o centro da discussão encontra-se na interpretação, à luz do direito societário, do conceito de ‘cláusulas que gravem a ação’ e de ‘promessa de venda de ação e direito de preferência’, de forma a perquirir se os contratos de opção estariam nele contemplados. A começar pela expressão ‘cláusulas e ônus que gravem a ação’, deve-se salientar que já havia previsão expressa no artigo 29 do Decreto 2.627/1940. A doutrina da época salientava que a expressão deveria ser entendida na sua máxima amplitude, a fim de permitir a averbação de todas as circunstâncias que gravassem ou limitassem a livre circulação das ações. O legislador atual manteve a mesma redação anterior, trazendo lista meramente exemplificativa das circunstâncias sujeitas à averbação. Assim, a própria redação do artigo 40 da Lei das Sociedades por Ações revela-se exemplificativa e aberta, contemplando quaisquer situações e hipóteses que impliquem eventual ônus ou restrição à negociabilidade sobre as ações, incluindo, nestes casos, a nosso ver, a existência de acordos preparatórios, visando à formação de negócios translativos da titularidade das ações. [...] O escopo da norma objetiva abranger todas as situações que possam implicar em uma pretensão, mesmo que precária e temporária, à transferência das ações por quaisquer terceiros. A expressão ‘cláusulas e ônus’ deve ser interpretada em sua máxima extensão, não englobando apenas aqueles ônus reais definidos pela doutrina. Como técnica de interpretação legislativa, é necessário compreender que o parágrafo em questão não limita a amplitude do caput, mas o complementa. A corroborar tal tese, ainda que os contratos preliminares – chamados na legislação societária de promessas de venda – e os direitos de preferência sejam considerados figuras preparatórias distintas dos contratos de opção, mesmo antes do regime imposto pela nossa legislação atual, já se permitia a sua averbação nos livros sociais. O parágrafo inserido serviu para aclarar as discussões existentes à época quanto às figuras preparatórias previstas. [...] Assim, ao lado dos referidos autores, os contratos de opção de compra ou venda de ações poderiam ser incluídos dentro do conceito amplo de ônus previsto no artigo 40 para fins de averbação nos livros sociais. Igualmente, tendo em vista o conteúdo do direito de preferência e do contrato de opção, não se vislumbram argumentos que justifiquem, como política legislativa, apenas a permissão da oponibilidade frente a terceiros aos últimos. Pelo contrário, se se pudesse associar a possibilidade de averbação à intensidade da vinculação dos negócios preparatórios, certamente as opções deveriam ser preferidas ao direito de prelação. Além disso, tem-se de considerar a interpretação da expressão ‘promessa de venda’ contida no parágrafo primeiro do dispositivo legal em comento, à luz do contexto jurídico-social existente à época de sua edição, pois, como mostra a doutrina, havia alguma confusão entre as figuras de promessa unilateral de venda e do contrato de opção. Escodados nas lições de Pontes de Miranda, torna-se de suma importância a investigação do sentido próprio e almejado pelo legislador ao inserir a expressão ‘promessa de venda’, levando-se em consideração os aspectos sociais, históricos e dogmáticos vigentes à época. A partir dessa investigação, poder-se-á concluir acerca da possibilidade de inclusão dos contratos de opção no escopo da nossa legislação societária. [...] A oponibilidade contra terceiros, nos casos de averbação dos contratos de opção [...] confere ao titular proteção adicional com relação a possíveis atos de alienação das ações pelo outorgante a terceiros. [...] Entendemos que, dentre os negócios puramente obrigacionais, a oponibilidade frente a terceiros propiciada pela averbação não é exclusividade das promessas de venda e do direito de preferência. Em nossa opinião, os negócios obrigacionais que impliquem em pretensão à transferência da titularidade das ações, mesmo que dependentes de circunstâncias supervenientes, podem estar sujeitos à averbação ali determinada (incluindo os contratos de opção), gozando de oponibilidade frente a terceiros em razão da publicidade dos livros sociais. [...] Atualmente o contrato de opção pode ser averbado na forma do art. 40 da Lei de Sociedades por Ações, a fim de permitir que, por meio da publicidade – declarativa – proporcionada pelos livros sociais, a pretensão à transferência das ações, mesmo que ainda incerta e precária, seja oponível perante terceiros” (IGLESIAS, 2011, p. 248-255).

31 O fato de um direito obrigacional vir revestido de eficácia perante terceiros (pela oponibilidade erga omnes, advinda do registro) não o torna, obviamente, um direito real.

1.428 do CC2002 circunscreve-se às fronteiras bem delimitadas dos direitos reais?³²

Seja como for, não se pode, de antemão, condenar toda e qualquer opção pelo simples fato de ela exercer, na prática, a função indireta de garantia (nem por isso ela estará, por assim dizer, “escondendo” um pacto comissório).³³ Muitas vezes, a opção recai sobre o próprio bem que o credor vendeu para o devedor e tem como único propósito assegurar os mesmos efeitos que uma cláusula resolutiva expressa já geraria (se fosse bem interpretada pela jurisprudência).³⁴ Quer dizer: o que o credor deseja, com a opção, é ter a segurança de que, se o devedor não pagar, ele terá o bem de volta, sem precisar recorrer ao Judiciário – o seu intuito é simplesmente o de desfazer o negócio de forma simples. Nesses casos, a opção faz às vezes da cláusula resolutiva expressa.

Em outros casos, o contrato de opção aproxima-se de outros institutos, a exemplo da cláusula penal, que não se confunde com o pacto comissório. Isto ocorre quando a opção é usada pelas partes como forma de pré-fixar uma espécie de indenização ou mesmo com função punitiva, o que por vezes acontece. Aqui vale lembrar – para que se possa fazer a associação entre as duas figuras – que a cláusula penal pode ser constituída em dinheiro, mas também em qualquer outro bem, móvel ou imóvel. Assim, o mesmo bem que preenche o conteúdo de uma cláusula penal poderia ser objeto do direito potestativo do credor, titular da opção.

Além disso, pode acontecer também de a opção exercer, sim, a função de garantia, mas simplesmente não gerar a assimetria do pacto comissório. A determinação do próprio preço de exercício pode, por exemplo, submeter-se a um juízo de valor, levado a cabo por terceiro, para compensar a eventual diferença existente entre o valor do bem e o valor da prestação inadimplida, garantida pela opção. O contrato de opção pode, inclusive, vir atrelado a um pacto marciano, como se verá mais à frente. Por essas e outras razões é que não se pode, a priori, condenar as opções pelo simples fato de não estarem a exercer a função que lhes é inerente, nem mesmo por

32 É cediço que os direitos reais – incluindo-se os direitos reais de garantia – estão taxativamente previstos em lei (em especial, pelo art. 1.225 do Código Civil): “O legislador brasileiro, de maneira inegável, enuncia taxativamente os direitos reais, enumerados, em sua maioria, no art. 1.225 do Código Civil brasileiro” (TEPEDINO, 2011, p. 37).

33 Veja-se, a esse respeito, o seguinte comentário: “La Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene esta doctrina de modo unánime. Considera que la opción de compra cuando se conecta el precio a las obligaciones garantizadas ejerce una función de garantía atípica, y encubre un pacto comisorio prohibido por el ordenamiento jurídico, por lo que impide su inscripción. El Tribunal Supremo en los supuestos enjuiciados no reconoce que la opción de compra asuma una función de garantía atípica encubridora de un pacto comisorio. Estima que la opción de compra es válida y plenamente eficaz, aunque el acreedor optante adquiera la cosa objeto de la opción sin desembolsar el precio de la compraventa por estar conectado a alas obligaciones garantizadas por un pacto de descuento o de compensación, o cuando se conviene que el ejercicio de la opción estará sometido a la condición del impago de las deudas garantizadas” (ASURMENDI, 2007, p. 140-146). Mais à frente, em outra passagem da mesma obra, o assunto do pacto comissório volta à tona: “El hecho de que la opción de compra contenga alguna cláusula, que favorezca el automatismo en el ejercicio de la opción de compra, como el otorgamiento de un poder irrevocable por parte del deudor a nombre de una persona de la esfera de confianza del acreedor, no es significativa de que la opción de compra encubra un pacto comisorio. En estos casos, cuando la opción de compra contiene alguna fórmula por la que se evita la necesidad de cualquier intervención posterior del deudor, para elevar a escritura pública la compraventa, se exige la consignación del precio de la compraventa en evitación de que el acreedor se quede con el bien en pago de deudas existentes. Las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y de 19 de Julio de 1991 permitieron la inscripción en el Registro de la Propiedad de sendas opciones de compra, que contenían un poder irrevocable en beneficio del optante para que otorgara escritura pública de compraventa. La Dirección General acuerda inscribir la opción de compra y exige para evitar el pacto comisorio que en el ejercicio de la opción de compra consigne judicial o notoriamente el precio señalado para la compraventa” (ASURMENDI, 2007, p. 140-146).

34 Apesar da resistência por vezes encontrada nos Tribunais, o efeito precípua da cláusula resolutiva expressa, que a torna infinitamente mais atrativa do que a cláusula resolutiva tácita, é a resolução extrajudicial da relação obrigacional. Configurado o inadimplemento absoluto, abre-se para o credor a possibilidade, nos termos do art. 475 do CC, de optar entre executar o contrato pelo equivalente ou resolvê-lo extrajudicialmente, sem, portanto, intervenção do Poder Judiciário. Em sistemas em que a resolução se opera por mera declaração do credor, a secundarização do papel do juiz na apreciação da cláusula pode ser atenuada por iniciativa do devedor. Se inevitável o litígio, a intervenção judicial será meramente fiscalizadora da legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração da cláusula resolutiva e do efetivo preenchimento dos pressupostos autorizadores da resolução. De todo modo, a atuação judicial será a posteriori e, verificada a regularidade do exercício da autonomia privada e a presença dos pressupostos resolutivos, a sentença será meramente declaratória, a reconhecer, então, a resolução *ope voluntatis*. Sobre o tema, confira-se Terra (2013).

estarem a exercer uma função indireta de garantia. Até porque é, exatamente, essa flexibilidade da opção – favorecida pela sua atipicidade – que torna a figura tão útil.

Assim, dependendo muito das circunstâncias e das particularidades do caso concreto – que podem variar enormemente –, e, sobretudo, da função que a opção desempenha num dado programa contratual (sempre mais importante que sua estrutura³⁵), ela pode ou não camuflar um pacto comissório. E, nessa discussão, em defesa da opção, deve-se atentar também para a redação dos arts. 1.365 e 1.428, que já indica qual é o seu suporte fático de incidência, ponto de partida para determinar-se o alcance da proibição: a vedação ao pacto comissório concerne, a princípio, exclusivamente à cláusula acessória à constituição de direito real de garantia, como o é a propriedade fiduciária, referida no art. 1.365 do CC 2002, e o penhor, a hipoteca e a anticrese, nominalmente citados no art. 1.428. Significa dizer que, não existindo garantia real, não há que se falar, ao menos em princípio, em pacto comissório.

Essa conexão entre o pacto comissório e as garantias reais é há muito evidenciada não só pela legislação brasileira³⁶, mas também pela doutrina:

[...] o fundamento do art. 765 [atual art. 1.428] está em que o pacto comissório, nas garantias reais, poria o devedor à mercê de explorações usurárias. [...] O princípio do art. 765 subsume-se noutra, que pode, a cada passo, ser invocado: o princípio da inampliabilidade dos direitos dos credores com direito real (MIRANDA, 2012, p. 96-97, grifou-se).

Aparece, aliás, em todos os Códigos em que o pacto comissório é expressamente vedado³⁷, Se não parece haver dúvidas de que, ao menos pela redação dos artigos, a noção de pacto

35 Como explica Pietro Perlingieri (2008, p. 642-644), a mesma função pode se realizar mediante uma pluralidade de estruturas: “A função do fato determina a estrutural, a qual segue – não precede – a função. Todo fato juridicamente relevante, e em particular todo fato humano voluntário, tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento em esquemas típicos ou é moldada pela iniciativa dos sujeitos. Não basta qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos: é necessário compreender a razão justificadora da constituição, modificação ou extinção. Identificar a função não é o mesmo que descrever os efeitos do fato, interligando-os desordenadamente entre si, mas sim apreender o seu significado normativo. Este significado, reconstruído pela aplicação das regras e princípios, se exprime em situações subjetivas, isto é, em efeitos do fato (o efeito é a constituição, modificação ou extinção das situações subjetivas): a função é justamente a síntese dos efeitos ‘essenciais’ do fato. Determinada a função do fato, pode-se considerar determinada também a sua estrutura. Apreende-se assim o nexo entre estrutura e função. O ato e o negócio jurídico exprimem um programa, um regulamento de interesses a ser traduzido em efeitos, isto é, em situações subjetivas. Identificar a função significa considerar seja a composição inicial dos interesses, seja a composição final. A realidade preexistente ao fato – considerada juridicamente – já é um tecido de situações subjetivas: sobre estas o fato incide com a sua força inovadora, modificando, extinguindo ou criando novas situações. A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidados nas situações subjetivas preexistentes ao fato). Condições iniciais dos interesses e resultado a atingir (efeitos a produzir) são inseparáveis. A função do fato se realiza de modo diverso conforme a situação preexistente: se ela muda, muda também o percurso (o regulamento de interesses) a ser seguido para alcançar o resultado. Tudo isto explica porque uma função pode se realizar mediante uma pluralidade de estruturas. A variabilidade da estrutura negocial depende da função e das relações sobre as quais o ato incide”.

36 A associação aparece desde as Ordenações Alfonsinas, passando para as Ordenações Manuelinas, para as Filipinas, para a Consolidação das Leis Civil e, finalmente, para o Código Civil de 1916 e para o Código Civil de 2002.

37 Vejam-se alguns exemplos: Em Portugal, a proibição vale para hipoteca, penhor, consignação de rendimentos de bens imóveis e simples privilégios creditórios (arts. 665, 678, 694 e 753 do Código Civil português). Na Espanha, para penhor, hipoteca e anticrese (arts. 1.859 e 1.884 do Código Civil espanhol). Na Itália, cuidam dela os arts. 1.963 e 2.744 do Código Civil. Na Alemanha, o BGB proíbe o pacto comissório para a hipoteca (§1.149) e para o penhor (§1.229). Como no Brasil, o BGB admite a validade da dação em pagamento realizada após o vencimento da obrigação, no que parece ter servido de inspiração para os parágrafos únicos dos arts. 1.365 e 1.428 do Código Civil brasileiro. No Chile, os arts. 2.397 e 2.424 do Código Civil estabelecem a nulidade para penhor e para a hipoteca.

comissório é indissociável da constituição de direito real de garantia³⁸, é nítida a oscilação no entendimento dos tribunais brasileiros ao longo do tempo. Antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal interpretava restritivamente o então vigente artigo 765 do CC 1916.³⁹ Nas últimas décadas, contudo, o Superior Tribunal de Justiça passou a se posicionar diversamente, ampliando a vedação ao pacto comissório para abarcar, também, hipóteses de compra e venda simulada de bem, usualmente relativa a bem imóvel, com o manifesto intuito de burlar a proibição legal e permitir que o credor tenha para si o objeto da garantia em caso de inadimplemento pelo devedor⁴⁰.

Essa interpretação, aparentemente extensiva, conferida pelo Superior Tribunal de Justiça à vedação ao pacto comissório, não permite, entretanto, concluir de antemão que a proibição estaria presente mesmo quando não há direito real de garantia (como no caso da opção, em que só há direito de crédito, ainda que se possa ter eficácia real). Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça apenas aplicam, às avessas, a lógica do brocardo “quem pode o mais, pode o menos” (ou, ao contrário, “quem não pode o menos, não pode o mais”). Quer dizer: sendo vedada a pactuação de cláusula a autorizar que o credor pignoratício, hipotecário ou anticrético se aproprie do bem objeto da garantia real em caso de inadimplemento, entende-se que não pode o credor, em uma tentativa de se esquivar da proibição legal, obter para si garantia ainda mais pujante – tornando-se, de início, titular não apenas de um direito real limitado de garantia, mas também do

38 Nesse sentido, vale conferir trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence em decisão do Supremo Tribunal Federal que apreciava a constitucionalidade da prisão do depositário infiel relativamente à alienação fiduciária em garantia: “[...] Não consigo compatibilizar a ideia de um verdadeiro domínio, que estaria subjacente à pretensão de realidade da situação de depositário atribuída ao devedor, com normas expressas do próprio decreto-lei. Uma delas, a do § 6º, transplanta para o mecanismo da alienação fiduciária a proibição do pacto comissório, que é típica, como resulta do art. 765 do Código Civil, dos direitos reais de garantia que são direitos do credor, porém, sobre coisa alheia” (STF, Tribunal Pleno, HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.11.1995). Grifou-se.

39 “Esta norma jurídica [art. 765] figura entre as disposições gerais dos direitos reais de garantia e a sua aplicação se cinge aos casos que especifica. Só é lícito interpretá-la nos casos expressos em que foi enunciada, não comportando ampliações nem analogia. As hipóteses são de hipoteca, anticrese e penhor” (STF, 1ª T., RE 98.947/PR, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 17.08.1984). Em sentido semelhante: STF, 2ª T., RE 82.447/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 08.06.1976, DJ 17.09.1976. Posteriormente, porém, o Supremo Federal veio a reconhecer a aplicação do art. 765 a contratos de compra e venda que dissimulam contratos de mútuo com garantia real. Nessa linha, exemplificativamente: STF, 1ª T., RE 105.859/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18.09.1987, DJ 16.10.1987.

40 Nessa linha: (i) STJ, 3ª T., RESP 2216/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 28.05.1991, DJ 13.10.2003; (ii) STJ, 3ª T., RESP 41.233/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22.03.1994, DJ 25.04.1994; (iii) STJ, 3ª T., RESP 475.040/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.06.2003, DJ 13.10.2003; (iv) STJ, 3ª T., RESP 78.427/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.12.2006, DJ 26.02.2007; (v) STJ, 4ª T., RESP 187.998/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13.12.2005, DJ 06.03.2006; e (vi) STJ, 3ª T., RESP 998.460/SP, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 23.02.2010, DJ 23.03.2010.

direito real mais amplo e pleno, que é o direito real de propriedade⁴¹.

Além disso, como já observou José Carlos Moreira Alves (1967), o antigo art. 765 do CC 1916 contém “norma proibitiva e que, portanto, deve ser interpretada estritamente”⁴². Some-se à natureza proibitiva outra razão pela qual a proibição deve abranger, a princípio, apenas os direitos reais de garantia: é que, como visto, uma das finalidades da vedação ao pacto comissório é preservar o princípio da par conditio creditorum. Quando não existe garantia real, não há evidentemente violação à igualdade entre credores. A vedação ao pacto comissório tutela o princípio da paridade entre os credores na medida em que circunscreve o montante do patrimônio do devedor sujeito ao privilégio creditório, em consequência da garantia real, ao efetivo quantum da dívida, permitindo, assim, que qualquer excesso apurado após a alienação em juízo retorne ao patrimônio do devedor em benefício dos demais credores.

A prioridade atribuída aos credores que detêm garantia real representa, como explicado, uma exceção ao princípio da igualdade no concurso de credores, devendo, assim, ser adequadamente limitada. Vale lembrar, a propósito, a já citada lição de Pontes de Miranda (2012, p. 96), ao atrelar a vedação ao pacto comissório à “inampliabilidade dos direitos dos credores com direito real”. A proibição ao pacto comissório evita, justamente, que, em hipótese de falência/insolvência do devedor, o credor garantido pelo direito real se beneficie indevidamente, em detrimento não só dos credores titulares de créditos privilegiados, mas também dos credores quirografários, conforme já se explicou.

Esse problema não se põe na opção, que apresenta natureza meramente obrigacional. Em hipótese de falência/insolvência do devedor, o credor, titular da opção, seria tratado, para todos os fins e efeitos, tal qual qualquer outro credor quirografário. Assim, se ele ainda não tivesse exercido a opção, no concurso de credores, entraria no “final da fila”, em posição de subordinação em

41 Também na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português se constata a vinculação do pacto comissório com os direitos reais de garantia: “4. A estrutural diversidade jurídica entre as figuras da constituição de direitos reais de garantia (ainda que a oneração do bem seja acompanhada de uma inadmissível estipulação do pacto comissório) e da venda fiduciária em garantia, imediatamente geradora de um efeito transmissivo do direito de propriedade, obsta à directa subsunção desta segunda categoria normativa no âmbito do art. 694º do CC, cujo programa normativo se dirige – e confina – ao plano das garantias reais das obrigações, vedando ao credor a autotutela que resultaria da faculdade de apropriação da «coisa onerada» no caso – e no momento – em que o devedor não cumprir a obrigação garantida. 5. Não é de admitir a «extensão teleológica» da proibição contida no citado art. 694º, determinante do vício de nulidade, à venda fiduciária em garantia de bens imóveis, por tal envolver restrição desproporcionada do princípio fundamental da segurança e confiança no comércio jurídico, ao facultar aos outorgantes a invocação e a consequente oponibilidade da nulidade a terceiros de boa fé, subadquirentes do imóvel alienado, nos termos do art. 291º do CC, mesmo nos casos em que o pacto fiduciário estivesse oculto e dissimulado, relativamente às cláusulas contratuais integradoras do negócio formal de alienação e do teor do respectivo registo, de modo a afectar a consistência jurídica dos direitos que aqueles fundamentadamente supunham ter adquirido” (Portugal, STJ, 7ª SECÇÃO, 279/2002.E1.S1, Rel. Lopes do Rego, j. 16.03.2011, v.u.). A ressaltar a conexão com a hipoteca: “Nesta sétima questão pretendem os recorrentes que o acórdão em apreço ao interpretar o referido negócio de compra e venda como venda a retro está a atribuir àquele um pacto comissório proibido pelo art. 694º do Cód. Civil. Também aqui facilmente se vê a ausência de razão dos recorrentes. O art. 694º do Cód. Civil prescreve que é nula, mesmo que anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir. Ora no caso dos autos, não foi considerada ter sido constituída qualquer hipoteca, mas uma venda a retro que é legalmente admitido, como já acima referimos. Daí que não se tendo apurado qualquer hipoteca, não haja lugar a qualquer pacto comissório” (Portugal, STJ, SJ200609190020926, Rel. João Camilo, j. 19.09.2006, v.u.). Na mesma linha: “O artº 694º não tem aqui aplicação porque só vale para as garantias resultantes de bens onerados, o penhor, a hipoteca, a consignação de rendimentos, os privilégios creditórios, ou seja, aquelas que tem subjacente ‘uma coisa’ um bem real, integrando direitos reais de garantia. Não para a hipótese em que a garantia é constituída apenas por uma obrigação pecuniária, em que, portanto, não subjaz nenhuma coisa de que o credor pudesse eventualmente se apropriar” (Portugal, STJ, SJ200505190045192, Rel. Bettencourt de Faria, j. 19.05.2005, v.u.).

42 STF, 2ª T., RE 82.447/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. 08.06.1976. Na mesma linha: “[...] dicha prohibición se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento específicamente respecto de la prenda y la hipoteca, e implicando la nulidad absoluta por objeto ilícito de los pactos celebrados en contravención, no es admisible su aplicación extensiva o por analogía a supuestos que no se encuentran sujetos expresamente a ella; como es, por lo demás, la regla en materia de normas de carácter prohibitivo de estos supuestos” (STOCKEBRAND, 2009, p. 117-119).

relação aos titulares de garantias reais. Não há que se falar, portanto, em quebra do princípio da par conditio creditorum, que estaria respeitado nesse caso.

Assim é que, salvo melhor juízo, as opções não podem ser condenadas a priori, nem mesmo estigmatizadas pelo simples fato de exercerem uma função indireta de garantia, até porque, a depender do caso, elas sequer gerarão a assimetria do pacto comissório (e, portanto, não prejudicarão o devedor). Isso não significa, por outro lado, que as opções nunca poderão ser reprovadas, o que também seria uma afirmação, no mínimo, ingênua. O juízo de reprovabilidade dependerá muito, ao que parece, das circunstâncias do caso, do contexto negocial em que está inserida a opção, da função que ela está a desempenhar e, finalmente, dos efeitos que pode vir a gerar para as partes envolvidas. Execrá-las desde logo, com base em suposta interpretação extensiva levada a cabo pelo Superior Tribunal de Justiça – totalmente justificada em alguns casos, diga-se de passagem – não parece correto.

De todo modo, embora se deva interpretar a proibição restritivamente, a ratio inerente à vedação do pacto comissório pode estar presente naquelas situações em que um bem, integrante do patrimônio do devedor, ou de terceiro, é já de antemão transferido para o credor. Na prática, para que se possa delimitar o âmbito de incidência da proibição, o intérprete deve valer-se do critério funcional, mas sem perder de vista que a proibição está intrinsecamente vinculada à ordem de prioridades em caso de insolvência ou falência do devedor.

A dação em pagamento realizada após o vencimento

Conforme já se adiantou, embora o legislador tenha proibido o pacto comissório no Direito brasileiro, a dação em pagamento, realizada depois do vencimento da obrigação, é admitida, o que, aliás, está expresso não só no parágrafo único do art. 1.365 do CC2002, como também no parágrafo único do art. 1.428 do CC2002. No primeiro, lê-se que “[o] devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”. Já no segundo está previsto que “[a]pós o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”. O que, afinal, distingue essas duas figuras ao ponto de o pacto comissório ser vedado e a dação em pagamento não?

No Direito brasileiro, a dação em pagamento está inserida entre as formas de extinção das obrigações e ocorre, nos termos do art. 356 do CC 2002, quando o credor consente em receber prestação diversa da que lhe é devida, independentemente de pacto comissório (a dação, no mais das vezes, não está mesmo atrelada ao pacto comissório). É, portanto, forma de extinção das obrigações distinta do pagamento, considerada perfeitamente lícita, podendo ser realizada antes ou depois de vencida a obrigação, porque sequer depende do inadimplemento. A dação serve, de regra, para extinguir relação jurídica que se traduz numa obrigação principal; sequer precisa estar, assim, ligada a uma garantia (na generalidade dos casos, a bem da verdade, não está mesmo).

Já o pacto comissório pressupõe o inadimplemento da obrigação principal e, além disso, precisa estar atrelado a uma relação jurídica de garantia (acessória, portanto). Quando o inadimplemento ocorre, fazendo incidir o pacto, o credor passa a ser titular do bem objeto da garantia. Assim, fosse admitido o pacto comissório no Direito brasileiro, a transferência da propriedade do bem objeto da garantia sempre ocorreria depois do vencimento da dívida, mas estaria convencionalizada antes, a priori, e é aí onde reside o problema, isto é, no fato de, no pacto comissório, a transferência ser convencionalizada antes do vencimento, no mais das vezes no momento da própria

constituição da relação jurídica principal (por exemplo, do empréstimo), quando o devedor se encontra em posição fragilizada.

Na dação em pagamento, o bem sobre o qual recai a oferta do devedor se encontra livre e desembaraçado, e não há vinculação anterior com o inadimplemento do débito. Ao contrário, no pacto comissório, há um ônus prévio, pré-estabelecido pela garantia real. Mesmo antes do advento do CC 2002, o Supremo Tribunal de Justiça já admitia a dação em pagamento, realizada após o vencimento, mas não a promessa de fazê-la, mediante estipulação no mesmo ato em que contratado o mútuo, porque isso, na visão do Supremo Tribunal de Justiça, constituiria fraude à lei, quer dizer, não passaria de uma forma de burlar a proibição do pacto comissório.⁴³

Há quem entenda, porém, numa crítica aos parágrafos únicos dos arts. 1.365 e 1.428 do CC 2002, que a dação em pagamento não se justifica nem mesmo depois do vencimento. Isso porque, se o devedor se encontra fragilizado no momento da constituição da obrigação principal, tanto mais depois do inadimplemento, quando o credor já pode valer-se dos remédios processuais adequados. Além disso, a dação realizada após o vencimento da dívida não resguarda o direito dos demais credores. Na opinião de Luís Gustavo Haddad (2013, p. 127), sobrevivendo a insolvência do devedor, “[...] o consentimento deste último, ainda que livremente manifestado, não bastará. Para a tutela dos direitos dos demais credores do devedor insolvente, a referida dação em pagamento deverá ser considerada ineficaz, com fundamento no art. 129, incisos II e IV, da Lei de Falências”. Segundo defende Haddad (2013, p. 135), “[a] lei deveria explicitar que as autorizações contidas nos parágrafos únicos dos artigos 1.365 e 1.428 do CC2002 aplicam-se exclusivamente aos devedores solventes”.

Embora a crítica pareça pertinente, o fato é que o Código admite a dação realizada após o vencimento sem qualquer ressalva. Se esta, entretanto, for realizada mediante dolo ou coação, por exemplo, o devedor encontrar-se-á evidentemente protegido pela disciplina dos defeitos do negócio jurídico.

A licitude do chamado “pacto marciano”

O chamado pacto marciano, que também tem origem nas fontes romanas⁴⁴, é aquele acordo acessório em que as partes estabelecem que, diante do inadimplemento do devedor, o credor tem a faculdade de se apropriar do bem objeto da garantia, desde que (i) o bem seja previamente submetido a uma avaliação independente, levada a cabo por terceiro, (ii) e seja devolvida ao devedor a quantia que, eventualmente, sobejar o valor da dívida⁴⁵. É, por assim dizer, a “ovelha branca” da família, que não encontra previsão legal no Direito brasileiro – nem o acolhendo nem o rejei-

43 STJ, 3ª T, REsp 10952/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 25.11.1991, p. 17072.

44 Segundo Moreira Alves (1973, p. 127): “Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano (por ser defendido pelo jurisconsulto romano Marciano e confirmado em rescrito dos imperadores Severo e Antonino). Por esse pacto, se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiros”.

45 Sobre a utilização do pacto marciano no âmbito de alienação fiduciária em garantia, seja consentido remeter a Guedes e Terra (2015).

tando –, embora seja expressamente admitido em alguns ordenamentos de que se tem notícia⁴⁶.

A distinção entre o pacto marciano e o comissório reside no fato de o credor, no primeiro, poder ficar com o bem, sem prejudicar o devedor nem os demais credores, porque o submete à avaliação de um terceiro independente e imparcial. Assim, é possível superar a objeção de fundo ético que vem à tona na incidência do pacto comissório, quer dizer, a possibilidade de o credor, a seu bel-prazer, quebrar a comutatividade existente entre as prestações originárias, em desfavor não só do devedor, mas também dos demais credores.

O pacto marciano não suscita, portanto, a assimetria inerente ao pacto comissório. Com efeito, como explica Luís Gustavo Haddad (2013, p. 109-110), “[o] que há de verdadeiramente reprovável no pacto comissório – e que se ilumina pela reconhecida validade do pacto marciano – é justamente a inexistência de escrutínio isento ou imparcial sobre a adequação entre o valor da dívida e o valor de mercado do bem dado em garantia”. No pacto marciano, essa aferição é feita por terceiro isento, que terá a tarefa de estimar ou avaliar o bem, após o inadimplemento. Esse procedimento “purifica”, por assim dizer, o que há de genuinamente censurável no pacto comissório e refina a cláusula (desde que, evidentemente, seja feito com correição). Exatamente por isso, o pacto marciano tem sido considerado válido no Brasil⁴⁷ e em todos os ordenamentos de que se teve notícia no curso de elaboração deste estudo⁴⁸.

É importante ressaltar que o pacto marciano outorga ao credor uma mera faculdade, que pode ser exercida ou não. Assim, como lembra Moreira Alves (1967), o credor não está obrigado a se tornar proprietário pleno do bem dado em garantia pelo valor estimado. Se ele preferir, poderá renunciar à faculdade de adquirir o bem, simplesmente deixando de exercê-la, porque, diante do inadimplemento do devedor, o Direito Civil também lhe abre outras possibilidades. O credor pode, por exemplo, optar pela execução específica da obrigação, deixando de lado a própria garantia, ou, então, optar pela alienação judicial do bem, ou mesmo pela extrajudicial, se se tratar de um penhor e assim o tiver sido convencionado pelas partes. Seja como for, o importante aqui é registrar que o pacto marciano “[...] não infringe as razões que determinam a ilicitude do pacto comissório” (PENTEADO, 2008, p. 199-200).

Com o fito de apurar o que seria, por assim dizer, o “preço justo” do bem objeto da garantia, é necessário proceder à sua avaliação. Daí já se vê o papel crucial da avaliação, que deve revestir-se de todas as cautelas necessárias para que possa desempenhar bem a função a que se destina: proteger o devedor e os credores quirografários, impedindo que o credor titular da garantia real fique com um bem cujo valor ultrapasse o da obrigação principal. Com os olhos atentos a essa

46 Na Argentina, o art. 3.223 do Código Civil admite o pacto marciano, mas a avaliação do bem deve ocorrer por ocasião do vencimento da dívida, e não no momento da constituição da garantia. No Código Civil mexicano, os arts. 2.883 e 2.916 reconhecem a licitude do pacto marciano, desde que a avaliação do bem seja feita quando do vencimento da obrigação, e não quando da constituição da garantia (já o art. 3.222 culmina de nulidade o pacto comissório). Nos Estados Unidos da América, o chamado Uniform Commercial Code – UCC, adotado por quase todos os estados, prevê, no Article (§)9, Section 9-610(c), a possibilidade de o credor comprar o bem objeto da garantia, o que só pode ocorrer em “public disposition” (em que há publicidade efetiva, por ser um procedimento análogo à hasta pública) ou de forma privada, se o bem é costumeiramente negociado em um mercado reconhecido ou organizado, ou naqueles casos em que existe cotação de preço padronizada e amplamente divulgada. De resto, nos Estados Unidos também se proíbe o pacto comissório.

47 A favor da licitude do pacto marciano no Brasil, cf: Fraga (1933, p. 123-124), Miranda (2012, p. 95) (embora sustentando a validade apenas para o penhor), Alves (1973, p. 127), Penteado (2008, p. 199-200), Nasser e Silva (2012, p. 679-681), Haddad (2013, p. 109-110), Salles (2011, p. 223-226). Na jurisprudência, veja-se: TJ/SP, 4ª CDPriv., AC 581.973.4/2, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 27.08.2009, v.u.; TJ/SP, 36ª CDPriv., AC 1120758-0/2, Rel. Des. Romeu Ricúpero, j. 31.01.2008, v.u.

48 A favor da licitude do pacto marciano em Portugal: Gomes (2000, p. 95-97), Vasconcelos (2010, p. 448), Matos (2006, p. 86). Na Itália: Bianca (1957a, p. 218-221; 1957b, p. 718). Na Espanha: Rey (1995, p. 88-89), Perera, Lobato e López (2008, p. 627). No Chile: Stockebrand (2009, p. 117-119).

função, recomenda-se: (i) que a avaliação seja isenta e imparcial – sugere-se, em doutrina, que seja levada a cabo por terceiro, indicado de comum acordo pelas partes; e (ii) que a avaliação seja pautada, tanto quanto possível, por critérios objetivos, com recurso aos métodos usuais de mercado (MATOS, 2006, p. 83).

Ao que parece, diante de certas circunstâncias, a avaliação efetuada por terceiro até pode, excepcionalmente, ser dispensada. Tome-se, como exemplo, o penhor cujo bem tenha cotação diária no mercado, como é o caso do penhor de ações de companhia listada em bolsa. É evidente que, nesse caso, o bem não precisaria sujeitar-se à avaliação de terceiro independente, porque o próprio mercado já apresenta uma avaliação objetiva⁴⁹. O importante é não perder de vista, como lembra Manuel Ignacio Feliu Rey (1995, p. 91-92), que “[...] la admisión de este pacto depende de que la precio de la cosa no haya sido fijado por las partes al establecer la garantía”.

Discute-se também, em doutrina, acerca do momento da valoração do bem. Quer dizer: se, para preservar a validade do pacto marciano, seria necessário que o bem fosse avaliado depois do vencimento da obrigação principal, ou se, ao revés, a avaliação poderia ser realizada antes disso, quando da constituição da garantia ou mesmo no interregno de tempo entre a sua constituição e o vencimento da obrigação principal. De modo geral, a doutrina tem se posicionado pela primeira solução, isto é, a avaliação do bem deve ser realizada após o momento patológico da relação, quando já configurado o inadimplemento. Do contrário, a validade do pacto restaria contaminada⁵⁰.

Por fim, é importante registrar que o pacto marciano não constitui via oblíqua para afastar a vedação do pacto comissório, até porque, como visto, não suscita a assimetria que é reconhecidamente inerente ao pacto comissório, contaminando o seu fundamento jurídico-moral. Não se trata, portanto, de uma tentativa engenhosa de fraude à lei. Como argutamente já se observou, no pacto marciano “[o] que se propõe é uma alternativa lícita a fim de se conferir eficácia às garantias afetadas pela rígida vedação legal” (SALLES, 2011, p. 224-226).

É verdade que o próprio CC 2002, se comparado com o seu antecessor, já flexibilizou, de certa forma, a rigidez da proibição legal, possibilitando a realização da dação em pagamento após o vencimento da obrigação principal, mas isso não resolve o problema – afinal, nada garante ao credor que, no vencimento, o devedor concordará com a realização da dação em pagamento – nem retira a utilidade do pacto marciano, que encerra forma eficiente de o credor se resguardar da morosidade das decisões judiciais.

Por fim, especificamente em relação à utilização da opção de compra no pacto marciano, Manuel Ignacio Feliu Rey (1995) admite a possibilidade, desde que assegurado o princípio da proporcionalidade das prestações⁵¹. Atrelada ao pacto marciano, a opção confere ao credor certa

49 Nesse sentido, cf. Vasconcelos (2010, p. 448). Segundo Perera, Lobato e López (2008, 627): “Si el bien cedido en garantía es un crédito dinerario, nada obsta la validez del pacto por el que el acreedor pueda cobrar el crédito cedido como forma de satisfacerse su crédito subyacente, o por el que se adjudique el crédito en pago de la obligación satisfecha”.

50 Nesse sentido, cf. Perera, Lobato e López (2008, p. 627), Vasconcelos (2010, p. 448). Segundo Isabel Andrade de Matos (2006, p. 83): “[...] cremos também que a avaliação deve ser efectuada apenas a quando do vencimento da obrigação, pois só nesse momento é que o devedor já não estará numa posição de inferioridade negocial face ao credor. Quer no momento da constituição da garantia, quer após a sua constituição mas antes que se vença a obrigação, o credor poderá levar o dever a aceitar uma avaliação do seu bem que seja muito inferior ao seu valor real”.

51 “Por ello, si bien aparentemente la DGRN en dichas Resoluciones adopta un fundamento esencialmente procesalístico en materia de prohibición de pacto comisório, ello no debe hacernos pensar que no sea posible la opción en garantía cuando se garantice de otra forma el principio de proporcionalidad de las prestaciones (función primera y última de la prohibición de los arts. 1.859 y 1.884 CC, como creo que hemos demostrado en el presente trabajo): el pacto marciano, con todo lo que ello supone para los terceros” (REY, 1995, p. 160).

praticidade, mas, para que esse mecanismo seja válido, deve revestir-se de todos os cuidados recomendados para a avaliação do bem no pacto marciano. Assim, se o valor do bem corresponder ao preço da prestação inadimplida, o preço de exercício da opção até poderá ser simbólico; se, ao contrário, for muito além desta, o preço de exercício deverá corresponder a tal diferença – o importante é que a avaliação seja idônea e condizente com as práticas de mercado (não pode ser estabelecida pelo credor, de forma unilateral).

Conclusão

A proibição do pacto comissório visa impedir que o credor, valendo-se de sua situação jurídica vantajosa, incorpore o objeto da garantia ao seu patrimônio pelo saldo devedor, pelo preço ajustado ao tempo da celebração do contrato, ou pela quantia por ele mesmo estimada.

O problema não está, portanto, na possibilidade de o credor se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, mas na forma pela qual seu valor é fixado para efeito da apropriação. Por essa razão, afigura-se lícito e legítimo estipular-se, no título constitutivo da garantia ou mesmo depois, o pacto marciano, pelo qual as partes acordam, diante do inadimplemento da dívida, a apropriação do objeto da garantia pelo credor, pelo valor precificado pelo mercado ou arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, o que assegura que se atribua à coisa preço justo, a afastar o risco de prejuízo ao devedor. Nesses termos, a diferença entre o valor da dívida e o preço atribuído ao bem deve ser entregue ao devedor, a fim de que se efetive a incorporação definitiva do objeto ao patrimônio do credor.

A vedação ao pacto comissório não afasta, assim, a possibilidade de as partes celebrarem o pacto marciano, a permitir, diante do inadimplemento do débito, a apropriação do objeto da garantia pelo credor pelo valor justo, precificado pelo mercado ou arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, mediante o pagamento da diferença entre o preço estipulado e o saldo devedor⁵². O pacto marciano não desvirtua a função da garantia, transformando-a em instrumento de especulação nem a torna fonte de enriquecimento, tampouco se presta ao abuso da vulnerabilidade do devedor – óbices que entravam a admissão do pacto comissório.

Se um obstáculo é intransponível, como parece ser a proibição do pacto comissório no Direito brasileiro, deixa de ser um obstáculo para se tornar, como diria J. Eötvös, um “ponto de partida”. No Direito das Garantias, a vedação ao pacto comissório é, portanto, o ponto de partida sobre o qual deve ser construída a disciplina do pacto marciano, que não só deve ser considerado válido e eficaz, como deve mesmo ter o seu uso estimulado. Afinal, se, de um lado, constitui uma maneira eficiente e justa de resguardar os interesses do credor sem prejudicar o devedor, tampouco os credores quirografários, do outro, facilita a obtenção do crédito, trazendo, assim, benefícios inegáveis também para o devedor, sem colidir com a essência da garantia, nem com a sua função. É um mecanismo de inegável utilidade social, que se adéqua às necessidades do mercado e, sobretudo, à realidade brasileira.

52 O superfluum, evidentemente, “[...] deve ser calculado tendo em conta não apenas o valor do capital emprestado e dos juros, mas também outras verbas devidas ao credor que tenham relação com a obrigação garantida, como, por exemplo, a cláusula penal estipulada no contrato e, na hipótese do penhor comum, as despesas de guarda e conservação da coisa” (RENTERÍA, 2014, p. 177).

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva, 1973.
- _____. A retrovenda. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- ASURMENDI, Camino Sanciñena. La opción de compra. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BIANCA, C. M. Il divieto del patto commissorio. Milão: [s. n.], 1957a.
- _____. Patto comissório. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto). Novissimo Digesto Italiano. 3. ed. Torino: Toriense, 1957b. v. 12.
- FRAGA, Affonso. Direito reaes de garantia: penhor, antichrese e hypotecha. São Paulo: Saraiva, 1933.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000.
- GOMES, Orlando. Alienação fiduciária em garantia. 3. ed. São Paulo: RT, 1972.
- _____. Direitos Reais. Atualizado por: THEODORO JUNIOR, Humberto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Guedes-e-Terra-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2015.
- HADDAD, Luís Gustavo. A proibição do pacto comissório no direito brasileiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- IGLESIAS, Felipe Campana Padin. Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 2.
- MATOS, Isabel Andrade de. O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Atualizado por: NERY JUNIOR, Nelson; PENTEADO, Luciano de Camargo. São Paulo: RT, 2012. t. 20.
- NASSER, Paulo Magalhães; SILVA, Candice Buckley Bittencourt. Anotações sobre a propriedade fiduciária e a alienação fiduciária em garantia. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGHLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coords.). 10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012.
- PENTEADO, Mauro Bardawil. O penhor de ações no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 4.
- _____. Instituições de Direito Civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 4.
- PERERA, Angel Carrasco; LOBATO, Encarna Cordero; LÓPEZ, Manuel Jesús Marín. Tratado de los Derechos de Garantía. 2. ed. Navarra: Thompson – Aranzadi, 2008. t. 2.
- PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- RENTERIA, Pablo Waldemar. O direito de penhor: realidade, função e autonomia privada. 2014. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- REY, Manuel Ignacio Feliu. La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía. Madrid: Civitas, 1995.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. In: REALE; Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia. São Paulo: RT, 2006. v. 5.
- STOCKEBRAND, Adolfo Wegmann. Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. In: Revista Chilena de Derecho Privado, n. 13, dec. 2009. Disponível em: <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/revista/13_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. In: _____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 275-304.
- _____. Direito das coisas. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2015.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. Direito das Garantias. Coimbra: Almedina, 2010.
- VIANA, Marco Aurélio S. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 16.

“OS NOVINHO TÃO SENSACIONAL”: A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PRODUTORAS MUSICAIS E EMISSORAS DE RÁDIO E TV PELOS DANOS MORAIS CAUSADOS AOS MCs MIRINS

*Ana Paola de Castro e Lins*⁵³

*Joyceane Bezerra de Menezes*⁵⁴

Introdução

No artigo, apresenta-se a análise dos efeitos nocivos acarretados pelo contato do público infantil com conteúdos musicais inapropriados para sua faixa etária, especificamente em relação ao funk. O estudo se justifica na medida em que se observa a banalização pela ressignificação de conteúdos com apelos sensuais, provocando a erotização precoce e uma “adultização” de crianças e adolescentes, de forma a comprometer seu pleno desenvolvimento como pessoa.

O escopo, por conseguinte, é verificar a incidência da responsabilidade civil das produtoras musicais e das emissoras de rádio e televisão pelos danos morais causados às crianças e aos adolescentes que trabalham na cena musical do funk. Para tanto, observam-se as medidas protetivas da infância atinentes à temática no sistema jurídico brasileiro, no sentido de verificar em que medida o melhor interesse e os direitos de personalidade dos cantores mirins vêm sendo desrespeitados.

Nesse sentido, como forma de entender o risco de exposição a que os MCs estão sujeitos, são ilustrados alguns trechos das músicas por eles reproduzidas e veiculadas nas emissoras de rádio e televisão, para que se confirme o comprometimento do desempenho cognitivo das crianças e dos adolescentes.

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa segue uma abordagem de natureza qualitativa, descritiva e exploratória, no que toca aos objetivos; bibliográfica quanto ao tipo; pura quanto ao manejo dos resultados, colhidos a partir de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica.

No primeiro tópico, abordou-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, especificamente considerado diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com os genitores, com a família, com a sociedade e com o Estado. Já no segundo tópico, trabalha-se com as normas protetivas da infância, destacando-se as previsões constitucionais, celetistas e estatutárias no que diz respeito ao trabalho infantil e a relação dos trechos de algumas músicas com as questões existenciais. E, por fim, no terceiro tópico, analisam-se os aspectos que ensejaram a investigação do Ministério Público e do Ministério do Trabalho em relação ao tema ora abordado, momento em que também se considera a incidência da responsabilidade civil das produtoras musicais e emissoras de rádio televisão e se discute a possibilidade de indenização por danos

⁵³ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Agente de Proteção (Juizado da Infância e da Juventude de Fortaleza). Advogada.

⁵⁴ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada.

morais.

Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era no que tange à proteção da infância, na medida em que reconheceu a criança e o adolescente sujeitos de direitos, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir os direitos fundamentais nela explicitados, assegurando a essência daquilo que é indispensável para que qualquer pessoa cresça e viva com dignidade.

Houve uma transição do perfil da família, que passou a cuidar da promoção da edificação da personalidade dos filhos, agora os protagonistas do ambiente familiar, de forma que os institutos do Direito Civil foram revistos à luz da norma constitucional, fenômeno por meio do qual a pessoa humana assumiu o centro da ordem jurídica (TEIXEIRA, 2006, p. 103-104).

A origem do melhor interesse remonta ao instituto inglês do *parens patriae*, segundo o qual era prerrogativa do Rei fornecer proteção aos que não podiam fazê-lo em causa própria, como os menores e os loucos. Assim, o Estado atuava como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica. No século XVII, o instituto se dividiu, separando a proteção infantil da do louco e, em 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês (PEREIRA, 2000, p. 36).

Já com a devida importância reconhecida mundialmente, o *best interest of the child* acabou adotado por toda a comunidade internacional, sendo destacado na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959⁵⁵. Por isso, no Código de Menores de 1979⁵⁶, já se fazia presente, não obstante sob o enfoque da doutrina da situação irregular. A expressão era dotada de alta carga valorativa, mas de baixa precisão de aplicabilidade.

Com a incorporação da doutrina da proteção integral à legislação pátria, após a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁵⁷, percebeu-se uma mudança de paradigma do princípio do melhor interesse, que não mais se limitava a crianças e adolescentes em situação irregular.

A partir do dispositivo constitucional (art. 227) e da previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 3º), a aplicação do princípio acabou ganhando amplitude, sendo destinado a todo o público infantojuvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar (AMIN, 2008, p. 27). O Estatuto destacou, especialmente, os destinatários da lei a serem considerados em suas características e prioridades: sua incapacidade para os atos da vida jurídica, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais.

É dado lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade dos membros da família, “em particular ao desenvolvimento da personalidade dos filhos” (TEPEDINO, 2004, p. 349).

O surgimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente decorre, por-

55 Princípio 7º da Declaração dos Direitos da Criança: [...] Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais [...].

56 Referido diploma já determinava em seu artigo 5º que “na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado” (PEREIRA, 2000, p. 35).

57 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovada em 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90, constando referência expressa ao melhor interesse da criança nos seguintes artigos:

Artigo 3º, 1 da Convenção Sobre os Direitos da Criança: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Artigo 41 da Convenção Sobre os Direitos da Criança: Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

tanto, das inúmeras mudanças na estrutura da família, que passa a ter a função de núcleo promovedor do afeto e do desenvolvimento da personalidade dos seus membros, em detrimento de qualquer outra função. Assim, a família passou a valer somente como garantidora do local de amor e de carinho e “veiculadora da valorização do sujeito e da dignidade de todos os seus membros” (PEREIRA, 2005, p. 127).

Entende-se que o princípio do melhor interesse da criança é veiculador do princípio da proteção integral⁵⁸, na medida em que considera as mudanças na função da família, que possibilitaram enxergar as crianças e os adolescentes como sujeitos em posição privilegiada no seio familiar, compelindo o Direito a criar modos de viabilização das suas garantias fundamentais.

A criança e o adolescente estão em situação de fragilidade por estarem em processo de formação da personalidade e de amadurecimento. Logo, devem ser ao máximo preservados, em face da valorização da pessoa humana, de forma a promover sua realização enquanto tal (PEREIRA, 2005, p. 127).

O princípio do melhor interesse significa que a criança e o adolescente merecem ter seus interesses tratados pela família, pela sociedade e pelo Estado como prioridades, sobretudo no que diz respeito à elaboração e à aplicação dos direitos que lhes sejam destinados, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. O princípio estaria configurado, pois, não como uma recomendação ética, mas como diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus genitores, com sua família, com a sociedade e com o Estado (LÔBO, 2008, p. 53).

Nesse cenário, a criança alcança um lugar de destaque, em decorrência de sua condição de vulnerabilidade e de pessoa em formação, que precisa dos pais para que o exercício de sua autonomia seja conduzido. “Zelar pelo interesse do menor é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social” (PEREIRA, 2005, p. 137).

O melhor interesse deve estar sempre aliado à proteção dos direitos da criança e do adolescente, além de garantir-lhes as mesmas prerrogativas que cabem aos adultos. O atendimento do princípio é, pois, um dever social, visto que não se limita à família, mas é imposto, solidariamente, à sociedade e ao Estado (SOTTOMAYOR, 2008, p. 197).

O conceito de melhor interesse pode variar no tempo e no espaço e de acordo com o caso concreto. É importante frisar que o que se busca é a preservação dos valores que se traduzam em benefício do menor e de seu direito fundamental de atingir a idade adulta tendo adquirido, durante o seu desenvolvimento, as melhores garantias materiais e morais. Entende-se que o contato com o funk despreza a condição de vulnerabilidade dos MCs, ferindo o seu melhor interesse, e que é necessário promover conteúdos de qualidade para o público infantil, para que os valores morais e o desenvolvimento das aptidões cognitivas sejam garantidos.

“Na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens” (AMIN, 2008, p. 28). Portanto, não existe uniformidade ou

⁵⁸ A Doutrina da Proteção Integral é a base configuradora de um conjunto de princípios e normas jurídicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, que traz, em sua essência, a proteção e a garantia do desenvolvimento humano pleno, ao reconhecer a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (MOLINARI, 2010, p. 4). A doutrina da proteção integral está intimamente relacionada aos princípios da prioridade absoluta e ao do melhor interesse da criança e do adolescente.

definição rígida de tal princípio.

Porém, mesmo que o melhor interesse da criança ou do adolescente seja um conceito indeterminável, dado seu caráter vago e elástico, há um núcleo conceitual a ser preenchido por avaliações objetivas, que são atreladas à estabilidade de suas relações afetivas, das condições de vida e do seu ambiente físico e social (SOTTOMAYOR, 2002, p. 197).

Pode-se predeterminar que esse princípio guarda estreita relação com o conjunto de direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, que, além de serem titulares de todos os direitos a que os adultos fazem jus, chamados direitos “gerais”, são merecedores de direitos fundamentais especiais, que lhes devem ser especialmente dirigidos. Portanto, garantir os direitos fundamentais aos menores significa atender ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. O interesse dos maiores está em segundo plano (PEREIRA, 2005, p. 129).

Seguindo esse raciocínio, não se pode admitir que os produtores musicais, as emissoras, ou mesmo os pais, visualizando no funk uma possibilidade de ascensão social, ou mesmo sob a alegativa de que o trabalho desenvolvido seria uma alternativa em meio ao caminho das drogas e da violência, tenham seus interesses sobrepostos aos da criança, que, nesse caso específico, ainda não possui o discernimento necessário para decidir sobre a preservação da sua integridade física, psíquica e moral.

Para que se atenda ao princípio do melhor interesse da criança, deve-se partir das seguintes premissas: a criança é um ser autônomo e completo; a criança tem uma cultura própria pelo fato de ser criança; a criança deixa de ser um mero objeto de direitos para ser deles sujeito; não se podem adaptar às crianças os direitos dos adultos (GUERRA, 2008, p. 166).

Melhor interesse da criança, portanto, é um interesse que em geral se sobrepõe a outro interesse legítimo. Em suma, esse interesse poderia ser definido por meio de uma rigorosa avaliação do caso concreto, em uma perspectiva de natureza interdisciplinar e interinstitucional, buscando a satisfação da premente necessidade da criança de crescer harmoniosamente, em ambiente de aceitação, de bem-estar e de amor, afastada de representações “adultizadas”.

É necessário lembrar que, com a Constituição Federal de 1988, foi dado lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade dos membros da família, “em particular ao desenvolvimento da personalidade dos filhos” (TEPEDINO, 2004, p. 349).

Dentro do quadro da funcionalização, o que existe é, na realidade, uma proteção ao superior interesse da família, sendo que sua função primordial é a de atendimento e cuidado de seus membros, dando prioridade ao grau de fragilidade de cada um. O interesse da criança, por conseguinte, traduz a finalidade primeira da família, que é estruturada como um conjunto de funções (GROENINGA, 2008, p. 321).

Se a família pode ser considerada, portanto, um sistema composto de elementos que exercem funções complementares e uma estrutura de vínculos interdependentes, é porque contempla, na realidade, direitos igualmente complementares. Essa visão exige um novo olhar nas relações familiares, pois, assim, percebe-se que a primazia atribuída aos interesses das crianças e dos adolescentes é, na realidade, complementar aos interesses e aos direitos dos pais.

A criança é que permite aos adultos a dimensão da diferença, da continuidade e da preservação da vida, suplicando a generosidade no seu sentido mais amplo possível. “E o seu melhor interesse é o nosso melhor interesse – o de nos fazer sujeitos inscritos no tempo das gerações e da eternização da vida” (GROENINGA, 2008, p. 322).

Entende-se, dessa forma, que o princípio do melhor interesse deve orientar todas as pessoas que lidam com as exigências inerentes à infância e à adolescência, e que, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia⁵⁹, o princípio deverá buscar uma proteção integral para a criança em todas as suas esferas.

A proteção dos MCs mirins na seara trabalhista e as questões existenciais

O trabalho é proibido para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14. Ainda de acordo com o artigo 403 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o menor não poderá trabalhar em locais que prejudiquem sua formação, seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, e em horários que não permitam a frequência à escola.

Abaixo dessa faixa etária, o trabalho infantil artístico pode ser aceito, excepcionalmente, desde que com a devida autorização judicial e que sejam adotadas cautelas necessárias à proteção integral da criança, com especial atenção para a preservação de sua integridade física, psíquica e moral.

Sem dúvida, a “arte” dos MCs representa uma questão vedada pela ordem jurídica, não sendo abarcada pela exceção, porque o funk expõe a criança e o adolescente a letras, coreografias, vestimentas e ambientes extremamente inadequados para o seu pleno desenvolvimento.

De acordo com o Caderno de Orientações⁶⁰ editado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (BRASIL, 2010, p. 115), a música, como arte, deve possibilitar àquele que escolhe trabalhar com ela a capacidade de compor, interpretar, improvisar, ter contato com os instrumentos. “Mas, acima de tudo, tem de ser significativo para o desenvolvimento das pessoas em sua capacidade de apreciar e produzir música.”

A presença do funk na cultura brasileira está relacionada a um processo de mercadorização do erótico e do sexual. Antes a figura da mulher era vista como a de uma pessoa ousada e sem pudor, constantemente reduzida à cachorra, à popozuda, à glamourosa e à potranca, com exposição do corpo por meio de coreografias sensuais (SOBRAL, 2014, p. 153-154).

Essas manifestações ficavam restritas aos cantores adultos nas décadas de 1980 e 1990. Ocorre que nos últimos anos surgiram vários MCs infantis reproduzindo canções inapropriadas em casas noturnas, durante as madrugadas, o que chamou a atenção da população e do Ministério Público para o problema da erotização precoce.

O caso mais recentemente divulgado na mídia foi o da Mc Melody, Gabriela Abreu, garota de 8 anos, filha do funkeiro Mc Belinho. Sua fama foi deflagrada após a divulgação do clip da

59 O artigo I da Convenção Internacional de Haia estabelece que: “A presente Convenção tem por objetivo: a) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional”.

60 Orientações técnicas sobre o serviço de convivência e fortalecimento de vínculos para crianças e adolescentes de 6 a 15 anos: prioridade para crianças e adolescentes integrantes do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil.

canção “Fale de mim”⁶¹. O vídeo foi acessado sete milhões de vezes em apenas dois dias e causou polêmica ao mostrar a cantora executando coreografia inapropriada para a sua idade e vestida de forma sensual, com decotes e sutiã de bojo.

Com o boom da Mc Melody, vários outros casos semelhantes vieram à tona, e então se observou que a cultura dos “funkeirinhos”⁶² estava se tornando lugar comum nos subúrbios paulistas e cariocas, e que as letras das músicas da menina Gabriela eram até inocentes quando comparadas às demais.

Pedro Maia Tempester, o Mc Pedrinho, de 12 anos, inicia “Ela é doida” cantando o seguinte trecho: “Como é bom transar com a puta profissional. Vem foder no clima quente, no calor de 30 graus”. No refrão, versos com conteúdo ainda mais sexual: “É piroca encaixando na xota, e é saco batendo na bunda.” O seu maior sucesso, no entanto, é a música “Dom dom dom”⁶³, que faz referência ao sexo oral.

Pedrinho também reproduz conteúdos mais “leves”, como na canção “Vida diferenciada”⁶⁴, mas que estimulam o uso de bebida alcóolica e o consumismo infantil, típicos da corrente do funk ostentação.

A infância, nesse contexto de conteúdo erótico e adultizado das composições, “ultrapassa as visões essencialistas do jardim sacramentado da inocência, da pureza e da vulnerabilidade, para instituir, pela representação midiática dos imaginários do consumo, a criança ativa, consumidora, consciente de seus instintos, desejos e condições sociais” (REZENDE, 2015, p. 3).

Em entrevista ao Portal R7⁶⁵, Pedrinho falou sobre como a família vê o trabalho dele em re-

61 Fale bem ou fale mal

Mas fale de mim

Eu não tenho culpa

Se você não é feliz

Eu entendo as recalcada

Que me ofendeu

Se eu fosse elas

Também queria ser eu

Pra ser top das top

A famosa cinderela

A neguinha é estilosa

Até nas roupas de baixo

Para todas as recalcada

Aqui vai minha resposta

Se é bonito, ou se é feio

Mas é foda ser gostosa. [...]

62 Representados neste artigo pelos MCs Pedrinho, Pikachu, Brinquedo e Melody.

63 Dom, dom, dom, dom, dom, dom, dom

Tava aqui no baile, escutando aquele som

Ajoelha, se prepara e faz um boquete bom

Vem mamando um, depois mama outro

Um de cada vez até mamar o bonde todo

Novinha, tu (novinha, tu) faz um boquete bom

A novinha experiente já nasceu com esse dom

As menina, elas não têm frescura

Chupa, chupa e se lambuza

64 Traz whisky e red bull pra comemorar.

Deixa ela se divertir, viver e ostentar.

Vida diferenciada é no Guarujá.

Só não vale se apegar e nem se apaixonar.

Muleque bem vivido pensando no amanhã.

Prepara minhas coisas partindo pra Amsterdã.

Comecei lá de baixo e sei que superei.

Fui levando a diante tudo que eu sempre sonhei.

65 A entrevista completa está disponível em: <<http://entretenimento.r7.com/pop/musica/aos-12-anos-mc-pedrinho-se-lancou-cantando-funk-proibidao-mas-nunca-beijou-na-boca-25082014>>. Acesso em: 8 dez. 2015.

lação às letras pesadas: “Minha mãe não apoia. Ela deixa, mas deixa como se fosse um sonho pra mim. E é um sonho pra mim. Ela fala ‘se é seu sonho eu vou com você até o final’”.

Ao responder sobre a agenda de shows e a conciliação da vida de criança com o trabalho, Pedrinho demonstrou que, apesar da agenda cheia, consegue conciliar a vida profissional com os estudos e o lazer: “Às vezes são três em um dia, dois em outro, um no sábado, outro no domingo. Primeiramente, a gente pensa no estudo, porque sem o estudo a gente não vai poder cantar. Tem tempo para estudar, ir ao shopping, ir no Hopi Hari, brincar, jogar videogame.” E ensina: “Tem que ter tempo pra tudo.”

Na sequência da entrevista, o consumo infantil e a visão do funk como instrumento para a ascensão social ficam nítidos:

Quando era pobre, não tinha o que eu tinha agora. [...] Eu gosto de funk pra caramba. Funk é minha vida. Não só pelo dinheiro, mas também pensei em ajudar minha família e aqueles que me ajudaram [...]. Com o dinheiro do funk, nós conseguimos um apartamento, é alugado, mas já estamos juntando para comprar um. Comprei tênis, roupa, comida, tudo, tudo mesmo.

Na declaração apresentada, identificam-se claramente os imaginários do consumo que a cena musical do funk ostentação provoca, que se revela como solução para a mobilidade social e superação da pobreza. “Assim, a aquisição de bens como o apartamento, a roupa nova e o tênis, é revestida de sentido, demarcando a entrada do garoto e de sua família no universo do consumo, cuja distância era provocada, sobretudo, pelos limites subjetivos e territoriais da pobreza” (REZENDE, 2015, p. 7).

O refrão mais conhecido de Mc Brinquedo, o Vinícius Ricardo dos Santos, de 13 anos, é o seguinte: “Tu vai lamber, tu vai dar beijo, tu vai mamar com essa boquinha de aparelho”. A popularidade dos MCs mirins é comprovada pela audiência nas redes sociais: “Roça”⁶⁶, também de Mc Brinquedo, alcançou mais de 10,5 milhões de visualizações em menos de dois meses no YouTube.

Matheus Sampaio, o Mc Pikachu, de 15 anos, conquistou o público com o lançamento de “Novinha profissional”, quando atingiu a marca de oito milhões de visualizações. “Tava no fluxo, avistei a novinha no grau. Sabe o que ela quer? Pau, pau, pau, ela quer pau.” O sucesso seguinte chama a atenção pelo conteúdo que aborda o uso da maconha: “Estava na rua, fumando um baseado, chegou a novinha e pediu para dar um trago [...] Dá a buceta para mim, dá o cu e fuma o beck todo”.

Como se pode observar, as letras das músicas possuem forte teor sexual e apelativo, com incitação ao uso de álcool e outras drogas e, por isso, não condizentes com as idades das pessoas que estão cantando.

Essa situação reacende a preocupação em torno de uma possível “morte da infância”, tema

66 A novinha não me quer
Só porque eu vim da roça
Roça, roça o piru nela
Que ela gosta
[...]
Prepara novinha
Vou te fazer uma proposta
Bota a mão no joelinho
E joga a bunda na piroca
Roça, roça o piru nela
Que ela gosta

que foi amplamente discutido entre os estudiosos sociais, psicólogos e a comunidade civil. O campo midiático, no que diz respeito a esse fenômeno, é apontado como um dos grandes aceleradores da infância, tendo em vista a facilidade com que as crianças obtêm informações, historicamente condicionadas à fase adulta, por intermédio dos meios de comunicação (REZENDE, 2015, p. 4).

O despertar antecipado para a sexualidade e para outros aspectos da vida adulta pode acarretar uma série de prejuízos existenciais, e o contato com um ambiente em que a vulnerabilidade é extremada compromete o desenvolvimento saudável desses cantores mirins.

A partir de uma concepção moderna do mundo infantil, a separação entre adultos e crianças se torna cada vez mais fragilizada, devido à acentuada visibilidade pública da sexualidade (BUCKINGHAM; BRAGG, 2004, p. 1).

Dessa forma, presencia-se uma “sexualização” crescente da mídia moderna, de forma que os meios de comunicação têm deixado muitas vezes de utilizar os filtros necessários no conteúdo veiculado, no sentido de proteger o infante.

As investigações do Ministério Público e a responsabilidade civil das produtoras musicais e emissoras de rádio e televisão

As emissoras de rádio e televisão devem atender aos princípios constitucionalmente impostos no artigo 221, no sentido de promover a cultura respeitando os valores éticos e sociais da pessoa e da família, dando sempre preferência a finalidades educativas, artísticas culturais e informativas.

Nesse sentido, entende-se que a proibição da veiculação dos conteúdos que permeiam o funk infantil da forma como foi demonstrado no tópico anterior não configura censura, mas antes uma tentativa de proteger crianças e adolescentes de temáticas adultas, não condizentes com a sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Para que as crianças e os adolescentes tenham o desenvolvimento da autonomia assegurado, é necessário que vivenciem experiências pautadas no respeito a si mesmos e ao próximo. Os MCs mirins, ao estarem em contato com um universo que lhes afasta do direito de desenvolver suas potencialidades, estão desrespeitando a si próprios e as demais crianças que terão contato com aquele conteúdo impróprio por intermédio dos meios de comunicação. Desse modo, há um impacto nocivo no desenvolvimento do público infantil e de adolescentes, tanto de quem se exhibe quanto daqueles que têm acesso a essa exibição.

E é justamente aí que entra o papel das emissoras de rádio e televisão, no sentido de evitarem a propagação dessa tentativa de adultização e erotização precoces, veiculando apenas material adequado às faixas etárias que a ele terão acesso. Dessa forma, entende-se que se existir descumprimento aos princípios constitucionais que regem a relação de concessão ou permissão dos meios de comunicação social, serão ocasionados danos existenciais às crianças e aos adolescentes, ensejando, portanto, o dever de reparação civil.

Não se questiona que a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes implica, necessariamente, o atendimento dos pais no exercício da parentalidade, dada a inerente dependência do ser humano para a realização dos seus direitos. Ocorre que, para o presente estudo, não se abordarão os interesses que devem ser protegidos pelos genitores como parte integrante da responsabilidade civil, porque se entende que, nesse caso, ocorre tão somente uma disfunção-

lização do poder familiar.

No que diz respeito à seara trabalhista, diversas denúncias foram recebidas pelo Ministério Público do Trabalho contra as produtoras musicais, uma vez que os MCs mirins estão agindo fora dos limites de proteção e sem autorização para exercerem a profissão. Para que seja concedida uma licença de trabalho artístico, cabe à Justiça analisar as garantias de preservação da integridade física, psíquica e moral da criança, bem como observar as regras impostas quanto às limitações da jornada de trabalho, locais e horários das apresentações, acompanhamento da frequência e do desempenho escolar e horas livres para estudo e lazer, tudo de acordo com as previsões da Constituição, da CLT e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo as informações disponibilizadas no sítio eletrônico do Ministério Público do Trabalho de São Paulo⁶⁷, no dia 24 de julho de 2015, o Mc Belinho, produtor musical e incentivador da iniciação da carreira artística da filha de 8 anos, Mc Melody, assinou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em que se compromete a observar várias obrigações em relação a ela e a outras crianças e adolescentes agenciados por ele.

O referido TAC resulta de um procedimento civil iniciado em abril de 2015, época em que o MPT recebeu diversas denúncias a respeito do trabalho realizado pela filha de Mc Belinho, que estaria fazendo shows em locais e horários inadequados e sem nenhuma proteção de seus direitos.

Entre as obrigações acordadas, ficou estabelecido que o produtor não poderá contratar, agenciar ou intermediar a contratação ou o agenciamento de menores de 16 anos nas mais diversas modalidades de trabalho artístico, sem autorização judicial. Além disso, ele se obrigou a não permitir que o trabalho da criança seja realizado em horário noturno nem a submeter a ambientes prejudiciais ao seu desenvolvimento físico e psíquico, assim como impedir que o exercício de seu trabalho a exponha a expressões de conotação pornográfica, observando também todo o detalhamento da vestimenta utilizada, para que não haja uma exibição artística de caráter sexual.

Em caso análogo ao da Mc Melody, destaca-se o ocorrido com o Mc Pedrinho, que em maio de 2015 foi proibido pelo Ministério Público de realizar shows em casas noturnas, em razão do caráter pornográfico e altamente apelativo das suas canções. A mãe e os produtores do menino continuam sob acusação de exploração de menores em trabalho infantil (REZENDE, 2015, p. 4).

Um dos vetos de apresentação do Mc Pedrinho ocorreu em Fortaleza (CE). Segundo informações disponibilizadas no Portal G1⁶⁸, o pedido de proibição partiu do Ministério Público à Vara de Infância e Juventude. O promotor Luciano Tonet, ao se pronunciar, alegou que Mc Pedrinho “se apresenta com repertório musical dotado de nítida conotação sexual, alto teor de erotismo, pornografia, baixo calão e todo tipo de vulgaridade, incompatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

Esses episódios acarretaram uma investigação mais aprofundada por parte do Ministério Público, de forma que o caso de outros cantores mirins que também seguem uma carreira semelhante à de Melody ganharam visibilidade. Cumpre observar que, apesar de o foco do Ministério Público do Trabalho ficar adstrito à seara trabalhista, visando ao combate ao trabalho infantil, essas medidas alertam toda a sociedade para os cuidados necessários ao bem-estar dos MCs para

67 Disponível em: <<http://www.prt2.mpt.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

68 Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2015/01/justica-proibe-show-de-mc-pedrinho-em-fortaleza.html>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

que eles cresçam e se desenvolvam de maneira digna.

Entende-se que, além de todas as obrigações perante a Justiça do Trabalho, as produtoras musicais têm, ainda, o dever de reparar civilmente as crianças e os adolescentes, na medida que não vêm preservando seus direitos existenciais, causando danos atentatórios à dignidade dos cantores mirins.

Conclusão

O trabalho artístico desempenhado pelos MCs mirins contraria vários dispositivos constitucionais, estatutários e celetistas, uma vez que a exposição exacerbada dos cantores é dotada de forte carga apelativa e erótica, seja no que diz respeito ao teor das canções, às vestimentas e acessórios utilizados ou às coreografias reproduzidas. Observou-se, pelos trechos transcritos, que as letras das músicas são carregadas de termos depreciativos, apologia a drogas, estímulo ao consumismo infantil e à sexualização prematura.

Para que seja promovida a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, faz-se necessária uma regulamentação das atividades por eles desempenhadas, para que, cumprindo os requisitos legais, obtenham autorização judicial para darem prosseguimento às apresentações, mediante adequação no modelo de conduta, tanto no que diz respeito ao conteúdo de suas músicas, como no que se refere aos aspectos comportamentais em palco.

Com o presente artigo, demonstrou-se que os interesses infantojuvenis devem ter primazia e precisam ser cuidados da melhor maneira possível, com o objetivo de preservar os valores que se traduzam em benefício do menor e de seu direito fundamental de atingir a idade adulta tendo adquirido, durante o seu desenvolvimento, as melhores garantias materiais e morais.

O contato com o funk despreza a condição de vulnerabilidade dos MCs, ferindo o seu melhor interesse, e é necessário promover conteúdos de qualidade para o público infantil, para que os valores morais e o desenvolvimento das aptidões cognitivas sejam garantidos.

Cantar e dançar como um adulto, com músicas que trazem, além dos conteúdos eróticos, letras que falam sobre sexo e luxo não levam em conta as particularidades próprias do ser humano em formação, desrespeitando a fragilidade das crianças, que não devem ser vistas como objetos de consumo.

Dessa forma, entende-se que as emissoras de rádio e de televisão devem seguir os princípios constitucionais, no sentido de respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, de modo a barrar conteúdos ofensivos à dignidade de crianças e adolescentes, promovendo uma programação televisiva de qualidade, sob pena de arcar com indenizações por danos morais.

Seguindo o mesmo raciocínio, conclui-se que, além das obrigações perante a Justiça do Trabalho, as produtoras musicais têm, ainda, o dever de reparar civilmente as crianças e os adolescentes pelos danos morais provocados, uma vez que não vêm preservando seus direitos existenciais, ocasionando, assim, exposição excessiva, abalo no desenvolvimento cognitivo e afronta à dignidade dos cantores mirins.

É necessário, portanto, que seja defendida uma programação de qualidade para um público que ainda se encontra em formação, como forma de amenizar os danos causados na esfera existencial, respeitando a condição de vulnerabilidade desses MCs mirins, assegurando-lhes tutela e proteção prioritárias, para que possam crescer e se desenvolver de forma a edificar livremente sua personalidade e sua dignidade.

Referências

- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 18-30.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.
- _____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Normativas internacionais. Convenções nº 138 e nº 182 e Recomendações nº 146 e nº 190 – OIT. Portaria nº 6/2002 - MTE. Brasília: Ministério da Justiça, 2002.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 17 nov. 2015.
- _____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Orientações técnicas sobre o serviço de convivência e fortalecimento de vínculos para crianças e adolescentes integrantes do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. Brasília: MDS; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2010.
- BUCKINGHAM, David; BRAGG, Sara. Young people, sex and the media: the facts of life? London: Palgrave MacMillan, 2004.
- GROENINGA, Giselle Câmara. Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.). Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008.
- GUERRA, Paulo. Sensibilidade, sentimento e Direito na filiação, na adoção e na proteção das crianças e jovens. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.). Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.). Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008.
- MOLINARI, Fernanda. Parto anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 2, n. 6, jul./set. 2000.
- PORTAL G1. Justiça proíbe show de Mc Pedrinho em Fortaleza. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2015/01/justica-proibe-show-de-mc-pedrinho-em-fortaleza.html>>. Acesso em: 16 nov. 2015.
- PORTAL R7. Aos 12 anos, Mc Pedrinho se lançou cantando funk proibidão, mas nunca beijou na boca. 2014. Disponível em: <<http://entretenimento.r7.com/pop/musica/aos-12-anos-mc-pedrinho-se-lancou-cantando-funk-proibidao-mas-nunca-beijou-na-boca-25082014>>. Acesso em: 5 nov. 2015.
- REZENDE, Aline da Silva Borges. Entre o olhar da pobreza e o som da ostentação: os imaginários do consumo na construção midiática da infância na cena musical do funk ostentação. ENCONTRO GTS PÓS-GRADUAÇÃO-COMUNICON, 5., 2015, São Paulo. Anais... São Paulo, 2015. Dis-

- ponível em: <<http://anais-comunicon2015.espm.br/encontroPos.aspx>>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- SOBRAL, Jacqueline. Mídia, infância e cotidiano: a ressignificação de conteúdos eróticos e sexuais por crianças em contextos populares. *Ponto-e-vírgula*, v. 16, p. 151-162, 2014. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/25250>>. Acesso em: 3 nov. 2015.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Caderno Direito e Justiça*, v. 14, t. 1, p. 197, 2002.
- _____. A representação da infância nos tribunais e a ideologia patriarcal. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.). *Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIBERDADE, SOLIDARIEDADE E FAMÍLIA: ANÁLISE DA CAPACIDADE REAL DE EXERCÍCIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR FACE À NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

*Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa*⁶⁹

Introdução

Entende-se que todos têm direito e liberdade de constituir família do modo que melhor satisfaça as necessidades existenciais individuais. Ocorre que, para que essa liberdade formal seja de fato vivenciada, é preciso que se detenha o conjunto capacitário composto pelas liberdades substantivas descritas no capítulo final do presente texto, notadamente as facilidades econômicas e as oportunidades sociais, materializadas em serviços de saúde e educação. O livre exercício do planejamento familiar pode ser, pois, analisado a partir do viés do desenvolvimento como liberdade, como liberdade substantiva ou real de constituir a família que se deseja ter.

No livro *O Desenvolvimento como Liberdade*, Amartya Sen (2002) analisa o desenvolvimento como expansão das capacidades humanas; na leitura do autor, liberdades substantivas, cujo conceito será abordado no capítulo três do presente artigo. Entende que a medida do desenvolvimento é a liberdade real, não apenas formal, mas também de fato, de satisfação de necessidades individuais.

Tais necessidades orbitam em torno dos mais diversos fatos da vida: trabalho, estudo, saúde, lazer, constituição de família, entre outros. Interessa neste trabalho analisar o livre exercício da capacidade de constituição da entidade familiar na perspectiva do desenvolvimento. Acredita-se, e pretende-se provar ao final do artigo, que a capacidade de exercício do planejamento familiar está intimamente relacionada com o conceito de liberdades substantivas trazido por Sen (2002) em sua obra.

Com efeito, a constituição de núcleo familiar pode envolver muito mais do que apenas uma união de pessoas em um núcleo afetivo. Conforme será detalhado, as pessoas estão livres para escolher o modo de família que desejam constituir, desde que cumpridor os requisitos de publicidade, estabilidade e afetividade. São livres também para planejar sua composição. O planejamento familiar não pode sofrer ingerência estatal, mas pode demandar de auxílio por parte do poder público, mediante o dever real de solidariedade, previsto na Constituição Federal de 1988.

Ocorre que ao planejar a família, a pessoa ou o casal em questão pode inserir um projeto de filiação. A filiação, não obstante a procriação não esteja mais entre os objetivos ou entre as funções da família, é um modo de composição de entidade familiar. Sabe-se que, por diversos fatores, al-

⁶⁹ Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestra em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba- UFPB; Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento na UFPB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e membro fundador e primeira vice-presidente do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil Constitucional. Link para o currículo lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do>> E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br

gumas pessoas ou casais não são capazes de desenvolver um projeto de filiação pelo modo natural. Para esses casos, a medicina já dispõe de métodos e técnicas de reprodução humana assistida (RHA), possibilitando a filiação artificial quando de outra forma não seja possível.

Todavia, o tratamento é demasiado caro. Na realidade da grande maioria das famílias brasileiras, nem todos os candidatos a pais ou mães dispõem de numerário suficiente. Tem-se liberdade formal, mas ela pode não se revestir da capacidade correspondente. Se houver privação de renda, será necessário um conjunto de benefícios estatais. Se eles também não existirem, a liberdade substantiva certamente não irá prevalecer diante da necessidade. O presente estudo se destina, pois, a analisar a capacidade real de exercício do planejamento familiar quando a filiação desejada só seria possível por meio da procriação medicamente assistida. Para desenvolver o artigo, utilizaram-se o método analítico e ampla pesquisa de campo e bibliográfica.

Estaria o exercício do planejamento familiar relacionado com a perspectiva do desenvolvimento? A plenitude de exercício dessa capacidade seria uma utopia? É o que se pretende responder ao final do artigo.

Entidades familiares na Constituição Federal de 1988

A instituição família vem passando por mudanças, tanto na sua função quanto na sua concepção. Paulo Lôbo (2011, p. 17), ao falar sobre a repersonalização e a constitucionalização da família brasileira, corrobora esse posicionamento alegando que a família passou por “mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX”. O modelo de família patriarcal, adotada pela sociedade brasileira desde os tempos do Brasil Colônia, entrou em crise, culminando sua derrocada no plano jurídico, pelos valores introduzidos pela Constituição Federal de 1988 (LÔBO, 2011, p. 17). O paradigma atual sob o qual se ergue a matriz familiar é a afetividade.

Família plural – artigo 226 da Constituição Federal

Apesar de, lamentavelmente, o Código Civil de 2002 não ser eficiente para recepcionar esse novo perfil da entidade familiar, baseada mais no afeto, no amor e na dignidade do que em convenções sociais, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, traz em seu caput o mandamento de proteção à família, como base da sociedade. A doutrina de direito civil-constitucional entende que os tipos familiares contidos nos parágrafos do artigo citado constituem um rol meramente exemplificativo. “As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput” (LÔBO, 2011, p. 83).

Em razão de uma análise sistemática das normas e princípios contidos na Constituição, sobretudo com fulcro na dignidade, art. 1º, e solidariedade, art. 3º, deve-se superar o *numerus clausus* das entidades familiares contidas no art. 226 e considerar o elenco exemplificativo, posto que traz os tipos mais comuns. Uma interpretação restritiva do art. 226 da Constituição Federal de 1988, não mais se harmoniza com os princípios constitucionais aplicáveis às relações familiares, sendo de todo incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) também têm revelado um novo perfil das entidades familiares, demonstrando que os laços de afeto têm superado os de sangue, como a família monoparental, famílias recompostas e família homoafetiva. Nesse con-

texto, a biotecnologia tem contribuído com a nova composição familiar. Técnicas de RHA têm possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Segundo Nogueira da Gama (2003, p. 640), “opera-se, na contemporaneidade, a medicalização da procriação, ou seja, o crescente domínio que a medicina vem adquirindo no campo da reprodução humana [...]”.

De fato, as técnicas de RHA têm possibilitado uma nova forma de filiação e, conseqüentemente, novos modos de composição familiar para pessoas e casais que, outrora, por motivos médicos ou sociais, não poderiam alcançar. Todavia, ao mesmo tempo, têm suscitado uma série de questionamentos que urge por respostas no plano jurídico. A filiação artificial se revela uma realidade cada vez mais frequente e, carente ainda de base legal, há uma série de conflitos éticos e jurídicos ainda sem resposta. Do conjunto de conflitos existentes, o que se pretende analisar com mais afinco é o papel da RHA na composição do núcleo familiar e a liberdade de uso por parte dos indivíduos em geral.

Interessante a análise que Baptista Villela (1980) traz, em seu texto sobre liberdade e família, da evolução dela até chegar ao panorama de liberdade proposto para a época. Em linhas gerais, parte da família tradicionalmente composta por pai, mãe e filhos – leia-se filhos “matrimoniais” –, com base no casamento e nos vínculos formais, para o conceito de família atual, pautado na liberdade e na socioafetividade.

Parafraseando Amartya Sen (2002), pode-se falar na família como liberdade. A instituição do casamento ganha novos contornos, com vistas à liberdade e à realização pessoal. O casamento, como instituição familiar, deve servir para a realização individual, e não o contrário. A partir do momento em que não se esteja na plenitude de realização no seio matrimonial, devem os cônjuges se verem livres para buscar cada um o caminho que mais o satisfaça enquanto pessoa.

Hodiernamente, a família não apresenta outra função que não a afetiva, de realização pessoal e existencial, espaço de consecução das dignidades humanas das pessoas. A liberdade se revela também na composição do núcleo familiar, de modo que é aberta a opção de der filhos ou não e também os modos pelos quais se pretende tê-los, se por meio de filiação natural, artificial ou adotiva.

Papel fundamental teve a Constituição Federal de 1988. A Carta constitucional não fechou os olhos aos clamores sociais, reconheceu a evolução nos modos de composição do núcleo familiar a partir das novas, talvez antigas, mas agora reconhecidas, necessidades de realização individual. A partir de parâmetros pautados na liberdade e na dignidade, o desenho familiar, nas palavras de Fachin, “não tem mais uma única configuração. A família se torna plural” (FACHIN, 2010, p. 339, grifou-se).

Paulo Lôbo (2008, p. 189), ao falar sobre os princípios que regem o direito de família, dispõe, em linhas gerais, que esses princípios refletem a nova percepção da família, com fundamento no afeto e na realização pessoal. Com base no princípio da igualdade, não se fala mais em sujeição ou posições hierárquicas na família, a função econômica e procriativa cedeu lugar ao afeto e até mesmo a filiação não tem mais como fundamento os laços de consanguinidade, e sim os de afeição. Os princípios consubstanciados na Constituição Federal de 1988, notadamente, mas não exclusivamente, nos arts. 226 e 227 da Carta Magna, devem, pois, servir de marco normativo na regência da moderna família brasileira.

Em linhas gerais, o conceito de família se desvincula daquela figura tradicional composta pelos pais e filhos biológicos e passa a assumir formas mais amplas de aceitação, nas quais pode estar inserido um projeto artificial de filiação, pelos mais variados motivos, conforme analisado a seguir.

Planejamento familiar e reprodução humana assistida

Já se destacou aqui o conceito de família plural, consagrado no art. 226 da Constituição brasileira de 1988. Pode-se concluir preliminarmente que não há fórmulas ou modelos pré-determinados de entidades familiares, mas as pessoas estão livres para escolher o modo de agrupamento familiar que melhor satisfaça as suas necessidades existenciais. Conforme extraído do § 7º do artigo citado, a decisão ou o planejamento é de livre escolha do casal ou indivíduo, não podendo haver direcionamento do poder público, mas ele tem o dever garantir a efetivação desse direito.

Segundo a Lei nº 9.263/96, que versa sobre o planejamento familiar:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.
Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.
Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.
Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.
Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:
I - a assistência à concepção e contracepção;
[...]

A depender do modo de convivência familiar desejado e das condições individuais das pessoas que compõem determinado núcleo, o planejamento familiar pode demandar o uso de técnicas de RHA.

Segundo Maluf (2010, p. 153), RHA é, “basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar a pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”. Maria Helena Diniz (2012, p. 610), a seu turno, define RHA como o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano [...]”.

Quando se fala a respeito da procriação medicamente assistida, costuma-se tratá-la como ato médico. Com efeito, nos termos da Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a RHA era descrita como tratamento para pessoas com esterilidade ou infertilidade. A Resolução nº 2.013/2013 do mesmo órgão inova ao dispor, nos princípios gerais, que “1 As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, possibilitando a atuação do médico em outros casos, além dos que havia impossibilidade de procriar em razão de patologias clínicas.

É essencial levantar as principais causas e efeitos que incidem na escolha pela forma assistida de reprodução. Nesse aspecto, importante a reflexão que Nogueira da Gama (2003, p. 634, grifou-se) faz a respeito, in verbis:

As técnicas de reprodução medicamente assistida permitem o acesso à procriação através de recursos médicos – o que torna conhecido, portanto, o momento da concepção, diversamente da concepção resultante do ato sexual, contornando o problema da esterilidade da pessoa ou do casal.

Assim, deve-se considerar como causa determinante para se recorrer às técnicas assistidas de reprodução, a impossibilidade de procriação, esta unilateral ou por ambos os componentes do grupo familiar que se quer ampliar, quaisquer sejam os motivos que conduziram a tal realidade. Estes, os motivos, podem ser das mais diversas ordens, das quais três merecem destaque: em razão de patologias; de tratamentos ou por razões sociais. Explicam-se.

Existem doenças variadas que podem levar à impossibilidade de reprodução, seja porque a própria patologia causa infertilidade, seja para evitar risco de contaminação à prole ou ao parceiro, como é o caso do HIV. Sabe-se de um caso que o portador do vírus da aids, no caso, a mãe portadora, conseguiu gestar uma criança sem que houvesse contaminação. Contudo, tal acontecimento teve grande repercussão, sendo noticiado com muita ênfase, justamente pela pouca probabilidade de sucesso.

Ao mesmo tempo, certos tratamentos pelos quais pessoas acometidas pelos mais diversos males passam também podem levar a problemas de esterilidade ou infertilidade, sejam eles químicos ou cirúrgicos. Mulheres que passam por histerectomia, homens que fazem quimioterapia, entre outros, são exemplos dessas situações. Resta a eles a possibilidade de preservar os gametas para uma futura inseminação.

Contudo, para além dos males físicos, uma terceira causa destaque: as razões sociais. Com efeito, conforme será abordado com mais profundidade nas seções seguintes, a família moderna se apresenta com uma nova estrutura. A família monoparental e uniões homoafetivas são, hoje, uma realidade cada vez mais frequente. Como toda família, pode surgir o desejo de procriar, o que não seria possível pela conjunção carnal, ao menos não pelo modo de vida a que tais pessoas se propuseram, sendo necessário, pois, se utilizar de outros meios para tornar viável o sonho da paternidade e/ou maternidade.

Note-se que, nesse terceiro ponto, as pessoas não apresentam, necessariamente, patologias ou distúrbios que as impossibilitem de procriar de forma natural. Todavia, por motivos sociais, seja pela falta de um parceiro, seja porque o parceiro é do mesmo sexo biológico, o uso de modos artificiais de filiação se faz necessário, e a medicina não fechou os olhos para essa realidade.

Nesse sentido, a Resolução nº 2.013/2013 já inicia afirmando que “1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”. Não restringe, pois, a origem do problema, mas se refere apenas a tal impossibilidade de maneira genérica. Qualquer pessoa que queira ter um filho e, por motivos físicos ou sociais, precise fazer uso de meios artificiais, pode procurar auxílio médico. Acrescenta-se que devem, inclusive, ser fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), quando o candidato a pai ou a futura mãe não tiverem condições de arcar com os custos do tratamento, tanto os procedimentos clínicos quanto os medicamentos.

A redação do instrumento normativo que norteia o presente artigo é extremamente inovadora, tocando claramente em aspectos que o próprio legislador civil, por ocasião da elaboração do novo Código, o de 2002 – faz-se aqui o registro que foi lançado mais de uma década após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a existência de outras entidades familiares para além dos tipos tradicionais – como a família monoparental e a homoafetiva. A resolução traz,

explicitamente, casais homoafetivos e pessoas solteiras como prováveis sujeitos; reconheceu e abordou de forma clara essas entidades familiares. Conforme a seguir, fez o que o legislador brasileiro, covardemente, esquivou-se de fazer.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

Como se pode ver, se no planejamento familiar da pessoa ou casal estiver inserido um projeto de filiação, se a filiação não puder, por qualquer motivo, ser natural, a medicina oferece meios de procriação artificial. Apesar de não se contar, no Brasil, com uma lei que trate especificamente da utilização de técnicas de RHA, a lei do planejamento familiar, a qual já se referiu, garante expressamente o direito de assistência média à concepção. Conclui-se assim que todos têm liberdade de recorrer à intervenção médica para o exercício do planejamento familiar, liberdade perante a lei. Todavia, deve-se questionar, e essa garantia formal será convertida efetivamente em capacidade, ou seja, em liberdade material, substantiva, de exercício.

Sabe-se que o tratamento é caro, que medicamentos e consultas têm alto custo: o preço médio por tentativa – ressalte-se que nem sempre a primeira tentativa é bem-sucedida – pode chegar a R\$ 15.000,00 ou R\$ 25.000,00⁷⁰. Os valores são claramente inacessíveis para a grande maioria da população brasileira.

Caso não disponha dos valores necessários, a Lei nº 9.263/96 diz nitidamente que o indivíduo pode recorrer ao SUS em busca de assistência à concepção. Todavia, essa liberdade formal nem sempre se revelará em capacidade para a totalidade das pessoas. Está longe de ser pacífico o entendimento de que esse tratamento deve ser financiado pela saúde pública. Em 22 de março de 2005, o Ministério da Saúde publicou a portaria nº 426/GM que estabeleceu, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Porém, apenas quatro meses depois de sua publicação, essa portaria foi revogada sob justificativa de que deveria haver uma análise dos impactos financeiros e, até hoje, não foi implementada novamente. Há clínicas que realizam o tratamento total ou parcialmente gratuito, mas são obviamente insuficientes e não alcançam toda extensão territorial do país.

Entende-se, assim, que nem sempre a liberdade formal de exercício do planejamento familiar vai se revestir em liberdade substantiva. Esse ponto será mais bem explicado a seguir.

Liberdades substantivas e planejamento familiar – entre realidade e utopia

Capacidades individuais e planejamento familiar

Entende-se que o exercício do planejamento familiar está intimamente relacionado com as capacidades individuais. As necessidades variam conforme o indivíduo. O conjunto capacitário, do mesmo modo, é composto e mensurado de acordo com as necessidades de cada um. O que será demonstrar aqui é a relação que identificamos entre a capacidade de exercício do planejamen-

⁷⁰ Valores disponíveis em: <http://www.ipgo.com.br/resumo-de-tratamentos-de-reproducao-assistida/>.

to familiar e as liberdades substantivas propostas por Amartya Sen (2002).

Na doutrina de Sen (2002), o desenvolvimento pode ser visto como “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Segundo aduz o autor, esse conceito entra em confronto como visões mais restritas do desenvolvimento, que o identificam, por exemplo, com o crescimento do produto interno bruto ou da renda per capita apenas. É certo que esses fatores são importantes para o país, mas isolados eles não bastam. Concorde-se com Sen (2002) quando conceitua o desenvolvimento como processo mais amplo, um processo em que todos tenham direito a desfrutar a plenitude de suas capacidades.

A ideia defendida por Amartya Sen (2002, p. 18) e por aqui adotada é a de que o desenvolvimento, para que seja usufruído em sua plenitude, requer que se removam, nas palavras do autor, as “principais fontes de privação de liberdade”. São elas: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destruição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados opressivos” (SEN, 2000, p. 18).

Primeiramente, cumpre esclarecer a ideia de liberdade substantiva. A liberdade pode ser compreendida a partir de mais de uma faceta. Pode-se ter a liberdade como possibilidade/permisibilidade, autorização, que é a liberdade formal, perante a lei, no sentido de não ser proibido; porém, o simples fato de ser permitido não capacita necessariamente o indivíduo a realizar o ato. A capacidade de fazer – não no sentido de capacidade jurídica, mas de ter possibilidades substanciais – é a segunda face da liberdade, ou seja, a liberdade real, de fato, substantiva e substancial, sobre a qual já se referiu.

Conforme afirma Martha Nussbaum (2012), é preciso saber se as pessoas estão realmente satisfeitas com a situação em que vivem e em face das escolhas que têm sido livremente feitas. Segundo a autora, “as pessoas ajustam suas preferências ao que pensam que podem conseguir e também ao que sua sociedade diz ser uma meta adequada para alguém como elas”⁷¹ (NUSSBAUM, 2012, p. 85). Pessoas menos favorecidas, que se encontram em situação de incapacidades, teriam “preferências adaptativas”, cujas escolhas são regidas pelas condições – injustas – em que vivem (NUSSBAUM, 2012, p. 85). Com efeito, preferências adaptativas não podem significar liberdade de escolha. Por tudo que se tem dito, compreende-se liberdade como o livre desenvolvimento dos modos de ser da pessoa; salvo restrições legais em prol do bem comum, não deve sofrer qualquer direcionamento, sob pena de cerceamento de direitos.

Ao mesmo tempo, pode-se concordar com Amartya Sen (2002) quando identifica o desenvolvimento como expansão das liberdades, sendo ela, inclusive uma forma de avaliação daquele, visto que está visivelmente relacionado com o processo de expansão das liberdades. Dessa forma, o desenvolvimento não deve ser confundido com crescimento econômico, aumento da renda per capita ou incremento tecnológico. Mais do que isso, só é alcançado em sua plenitude quando as pessoas são livres para suprir suas necessidades. Diz-se liberdade no sentido de ter o poder de fazer segundo suas reais convicções, de empoderamento⁷².

Além disso, ainda se concorda com Sen (2002, p. 18) quando ele afirma que as liberdades individuais se revelam também razão de eficácia do desenvolvimento, posto que, nas palavras do autor, “a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas”.

71 Texto traduzido do espanhol: “Las personas ajustan sus preferencias a lo que piensan que pueden conseguir, y también a lo que la sociedade disse que es una meta adecuada para alguien como ellos”.

72 Visto a partir da leitura de Amartya Sen sobre capacidades e entitlements (1982).

É importante perceber que a liberdade é fim e meio para o desenvolvimento. O objetivo que se procura alcançar é de livre acesso ao desenvolvimento, mas para que se possa chegar até ele a liberdade também é instrumental.

Assim, reconhece-se que existem também liberdades instrumentais que facilitam o processo de capacitação dos indivíduos. Conforme reza o autor em estudo, “as liberdades não são apenas os fins primordiais para o desenvolvimento, mas também os seus meios principais” (SEN, 2002, p. 25). As liberdades não são apenas fins, mas também meios para o desenvolvimento. Nessa perspectiva, Sen (2002, p. 25) aponta cinco tipos distintos de liberdades-meio: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e segurança protetora.

Liberdades políticas se revelam notoriamente na forma de liberdade de expressão e de eleições livres. Esse tipo de liberdade instrumental compreende, pois, a democracia em seu sentido mais amplo, abrangendo diálogo nas esferas políticas e a participação no processo de escolha das lideranças e gestores. Facilidades econômicas são, de maneira geral, as oportunidades de participar no comércio e na produção. Dizem respeito às capacidades que os indivíduos dispõem para utilizar recursos econômicos para produção, consumo ou troca. Na perspectiva do desenvolvimento aqui adotada, à medida que o processo de desenvolvimento de um país avança, com aumento de riqueza e renda, ele deve refletir no crescimento das capacidades ou liberdades econômicas daqueles que nele habitam.

Oportunidades sociais se apresentam na forma de serviços disponibilizados à população pelo poder público, como educação, saúde, lazer, entre outros, como modo de possibilitar que todos vivam melhor. Garantias de transparência dizem respeito às necessidades de abertura que as pessoas podem esperar; clareza, esclarecimento, informações acerca dos processos políticos e sociais. Por fim, segurança protetora, que nada mais é do que proteger as pessoas da miséria. Por melhor que funcione um sistema econômico, ou por mais rico que seja o Estado, alguns, ou muitos indivíduos podem estar sucumbindo à beira da miséria, necessitando de auxílios para prover o que há de mais básico para subsistência. A segurança protetora é justamente o sistema de proteção econômica àqueles que dela necessitam, materializando-se, principalmente, em serviços de previdência e assistência social, seguro-desemprego e outras tantas formas de suplementar a renda daqueles que não a obtêm de modo suficiente através das facilidades econômicas, a segunda das liberdades instrumentais mencionadas.

Concorda-se com Amartya Sen (2002, p. 94) ao declarar que, dos muitos modos de avaliar o desenvolvimento, o mais apropriado é o das liberdades substantivas ou capacidades de escolher a vida que se tem para valorizar. Da mesma maneira, assim como o autor, entende-se que pobreza deve ser vista como privação de capacidades (SEN, 2002, p. 109). É certo que a pobreza pode estar – e quase sempre estará – ligada à privação de renda; contudo, ainda que disponha de facilidades econômicas e tenha renda, o indivíduo pode não conseguir desenvolver suas capacidades por conta de outras carências e fatores pessoais. Desse modo, diante da privação de renda, é necessário que se utilize de outras liberdades substantivas, tais como previdência e oportunidades sociais, para realização de suas necessidades. Entre essas necessidades, encontra-se, conforme a escolha pessoal, a necessidade de constituir uma entidade familiar. Assim como o fez o autor citado, serão apresentadas histórias de personagens reais, porém com nomes fictícios, para ilustrar a teoria que se pretende comprovar.

Como visto no capítulo anterior, o planejamento familiar é de livre exercício da pessoa ou do casal. A filiação não é mais função da família, mas é um modo de constituí-la. Se aqueles que pretendem formar uma entidade familiar ou alterar a composição mediante um projeto de paternidade-filiação não conseguirem, por quaisquer dos motivos já citados procriar de maneira natural, podem optar por métodos artificiais de filiação, por meio de técnicas de reprodução humana assistida. Por lei, todos têm livre acesso aos tratamentos de RHA, e é livre o exercício do poder familiar. Todavia, a realidade, de fato, é que para se transformar essa liberdade em capacidade é preciso ter liberdades substantivas, notadamente as facilidades econômicas e sociais. Relata-se, a título de exemplificação, a história de duas famílias, a de Antônio e Laura, e a família de Mauro e Júlia⁷³.

Antônio e Laura são casados há quatro anos. Ambos trabalham e possuem, juntos, uma renda média mensal de R\$ 18.000,00. Como já têm casa própria e não têm necessidade de muito luxo, conseguem viver bem gastando apenas um terço do rendimento mensal; assim, depositam o restante na poupança. Laura sofre de uma endometriose severa, doença que gera infertilidade feminina. Como desejavam ter filhos há bastante tempo, resolveram fazer o tratamento de RHA, sendo utilizada a técnica de fertilização *in vitro*. Laura e Antônio não tiveram dificuldades em realizar suas necessidades. Como dispõem de facilidade econômica, tinham recursos e renda suficientes para concretizar o projeto de filiação. Ao todo, com medicamentos, consultas e exames – a maioria teve que ser feita em clínicas particulares, com custos ao casal, pois não se aceitava plano de saúde no local –, além do congelamento de embriões, eles gastaram aproximadamente R\$ 40.000,00.

No caso de Mauro e Júlia, casados há mais de quatro anos, a situação é bem diferente. Júlia também tem dificuldades para engravidar, mas vive em uma realidade social e econômica diversa daquela de Laura. Júlia trabalha como auxiliar administrativa e recebe um salário mensal de R\$ 1.500,00; Mauro, por sua vez, recebe R\$ 2.500,00 mensais como professor de educação física em escolas da região em que moram. Eles não possuem casa própria, e os custos mensais com alimentação, aluguel e outras necessidades consomem quase toda a renda do casal. Ambos também planejam ter filhos naturais, mas as limitações quanto à fertilidade de Júlia só lhes permitiriam o acesso à maternidade após um procedimento de RHA. Como não dispõem de facilidade econômica, o exercício do planejamento familiar, conforme as necessidades existenciais do casal, só pode ser realizado por meio das oportunidades sociais, com o fornecimento de tratamento gratuito nas instâncias do SUS. Diante da negativa do hospital público do município em que moram, no interior da Paraíba, o casal foi à defensoria pública no intuito de obter o tratamento por decisão judicial e ainda está aguardando o resultado do processo.

Como se pode ver, o conjunto capacitário relativo ao planejamento familiar está ligado umbilicalmente a categorias de liberdades substantivas descritas anteriormente. Se as pessoas tiverem renda suficiente, no âmbito das facilidades econômicas, poderão exercer livremente o planejamento familiar, e a liberdade formal será materializada em capacidade de exercício. Todavia, em um quadro de privação de renda, é necessário que o tratamento seja fornecido por serviços públicos de saúde, oportunidades sociais, sob pena da liberdade de exercício ser frustrada pela privação de renda, e não se revestir em capacidade substantiva.

⁷³ As histórias são reais, mas os nomes foram escolhidos aleatoriamente.

Liberdade, planejamento familiar e desenvolvimento

Como se afirmou, concorda-se com Amartya Sen (2002) quando ele identifica o desenvolvimento como ausência das principais fontes de privação de liberdade; entre elas, a privação de renda e a carência de oportunidades sociais. Partindo desse pressuposto, pode-se observar que famílias que vivem às margens do desenvolvimento nem sempre terão liberdade de exercício do planejamento familiar.

No exercício do planejamento familiar, custos podem aparecer perante a família em formação. Além dos gastos convencionais com moradia, saúde e alimentação, o próprio projeto de filiação, como visto, por vezes, só é possível através de intervenções médicas, como a procriação artificial. A legislação brasileira permite que as pessoas recorram a tratamento de RHA quando necessário. Sobre essa condição, também já se falou; entretanto, para isso, é preciso o gozo das liberdades instrumentais ou liberdades-meio.

Devido aos altos custos, o tratamento só pode ser utilizado se as pessoas em questão tiverem renda suficiente (facilidades econômicas) ou, não dispondo de recursos suficientes, tratamento público gratuito disponibilizado pelo SUS (oportunidades sociais). As histórias de Júlia e Laura retratam bem os conceitos defendidos neste artigo. Para que se possa constituir família por meio da filiação artificial, é preciso que se detenha renda ou que o sistema público de saúde disponibilize gratuitamente o tratamento. Em outras palavras, é preciso que se tenha facilidades econômicas ou, na falta delas, oportunidades sociais, que são liberdades instrumentais ao desenvolvimento.

Em um quadro de privação de liberdades, o indivíduo não desenvolverá plenamente suas capacidades. Se os sujeitos não estiverem livres da miséria ou da carência de oportunidades sociais, certamente não terão condições de suprir de maneira satisfatória suas necessidades existenciais, nas quais se inclui a formação do núcleo familiar.

Desse modo, observa-se que, embora haja crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico, a privação da liberdade de exercício do planejamento familiar por meio das técnicas de RHA indica de que não se está diante de um quadro de desenvolvimento na perspectiva de Amartya Sen (2002), isto é, entendido como ausência de fontes de privação de liberdade.

Liberdade, solidariedade e utopia

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva, na qual o cidadão não é apenas aquele que vota, mas a pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas suas potencialidades (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2002, p. 7).

Entre essas potencialidades, encontra-se, certamente, a de compor núcleo familiar conforme suas próprias convicções. Ocorre que, em ambiente de privação de renda, se não houver facilidades sociais, essa capacidade vai ser adaptada às reais condições de exercício, em detrimento da vontade real da pessoa. Nesse sentido, invoca-se o pensamento de Nussbaum (2012, p. 22), quando ela diz que: “Para resolver este problema falta uma nova forma de pensar a cidadania, e uma nova análise da finalidade de cooperação social (já não baseada em benefício mútuo), bem

como uma maior ênfase na assistência como bem social” (tradução da autora).

Trata-se do princípio da solidariedade. Entende-se solidariedade não apenas como virtude, mas também como dever jurídico, cuja obrigatoriedade foi disposta no Direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988, quando reza, em seu artigo 3º que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: inciso I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária”. Até então, a solidariedade era tratada como caridade, o que carecia de força juridicamente vinculante.

Voltando ao conceito de liberdade, dessa vez na lição de Bloch (2011, p. 278), encontra-se que ser livre significa ausência de imposições externas e fazer o que quer, segundo sua própria vontade. Mais adiante, o autor alerta para a existência de “dependências invisíveis”, que impedem a pessoa de ser senhora absoluta de suas ações, de seu destino, finalizando por declarar que a liberdade de ação estava, para a maioria das pessoas, limitada pela dependência econômica (BLOCH, 2011, p. 281).

O pensamento de Bloch (2011) ratifica o que se defendeu no decorrer do texto: a privação de renda, mormente na ausência de facilidades sociais, está diretamente relacionada com a privação de liberdade, inclusive o livre exercício do poder familiar.

Recorrendo mais uma vez aos ensinamentos de Bloch (2011, p. 299-300), encontra-se outro conceito aqui defendido para a efetivação da liberdade plena, a solidariedade, vista por ele sob o viés da fraternidade, definida como a “terceira cor” dos ideais da Revolução Francesa, a busca pelo bem comum, no sentido de chegar à igualdade real. Só assim se atingiria a verdadeira liberdade, em uma sociedade livre, justa e solidária.

Todavia, Bloch (2011) afirma que a solidariedade como relação jurídica básica é função utópica do direito. Segundo o autor, as utopias sociais estão voltadas para a eliminação da necessidade, a erradicação da miséria, a busca pela felicidade. Com efeito, o princípio da solidariedade é, aqui, fundamento para a realização de uma sociedade livre e justa, torna obrigatório para o Estado a realização de políticas públicas e a consequente disposição das facilidades sociais elencadas por Amartya Sen (2002) à população. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que em países não desenvolvidos, onde falta recurso para o básico, o exercício da solidariedade com fins de prover todas as necessidades humanas ainda é utopia, algo para o futuro e com pouca probabilidade de vir a ser realidade.

Direitos de liberdades são postos para todos, considerados – formalmente – iguais em direitos. Ao declarar direitos, o legislador o faz para o homem abstrato. O alcance desses direitos pelo homem concreto, dadas algumas incapacidades, depende da solidariedade, vista ainda como utopia. Seguindo a lição de Bobbio, garantir o exercício da cidadania, in casu, consubstanciada nos direitos de liberdade, é uma luta diária que, muito mais do que elencar e fundamentar direitos, demanda efetivação. O maior desafio da atualidade é efetivar os direitos já postos ao homem abstrato, mas insuficientes para servir ao homem concreto (BOBBIO, 1992).

Em uma pesquisa virtual, por meio de formulário a ser respondido pelos entrevistados (Google docs), procurou-se traçar o perfil dos usuários de tratamento de RHA. Chegou-se, então, à conclusão de que aproximadamente 90% dos pacientes são casados ou vivem em união estável, sendo poucas as pessoas solteiras que se buscam esse tipo de tratamento para constituir família. Outro dado importante é que mais de 70% dos pacientes que responderam ao formulário declararam ter curso superior completo, e metade deles têm pós-graduação, revelando que são

pessoas esclarecidas e com vida financeira estável. Apesar de a maioria dos pacientes e pessoas que nunca fizeram uso de RHA entrevistadas declarar que consideravam o acesso à procriação medicamente assistida como direito à saúde, o que se observa, na prática, é que a utilização desse tratamento apresenta caráter censitário.

Considerações finais

Diante do exposto, pode-se concluir que o efetivo exercício do planejamento familiar, notadamente diante da necessidade de utilização de meios artificiais de filiação, só se verifica em um cenário no qual estejam ausentes algumas das principais fontes de privação de liberdade: privação de renda e carência de serviços sociais, de modo que, no que se refere à liberdade de composição da família, nota-se que se aplica perfeitamente ao homem abstrato. Ao homem concreto, em situação de privação de renda, na ausência de solidariedade, nunca se tornará realidade em sua plenitude.

Para que haja de fato o gozo do direito e liberdade de exercer o planejamento familiar do modo que melhor responde às necessidades pessoais e individuais, é preciso que estejam presentes as liberdades instrumentais previstas por Sen (2002) em sua obra, notadamente facilidades econômicas e oportunidades sociais. Na ausência delas, a liberdade formal prevista em lei dificilmente se materializará em capacidade, liberdade substantiva de suprir aquilo que se anseia alcançar.

Em um ambiente de privação de renda, o real exercício da liberdade fica condicionado à expressão da solidariedade, mormente em forma de políticas públicas e facilidades sociais. Na ausência delas, as pessoas terão que adaptar o exercício de suas vontades às suas reais capacidades, restando prejudicada a realização plena da liberdade.

Referências

- BLOCH, Ernest. In: _____. *Derecho natural y dignidade humana*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 213-360.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *Inovação e tradição no direito contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro*. In: Bastos, Eliane Ferreira (Coord.). *Afeto e estudos familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FORMUÁRIO GOOGLE DOCS, *Pesquisa sobre reprodução humana assistida*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Ana%20Paula/Downloads/Pesquisa%20sobre%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Hospitalar%20Assistida%20-%20Formul%C3%A1rios%20Google.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, P. Princípios do direito de família. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 21, mar. 2008.

_____. Direito Civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. Curso de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2010.

NUSSBAUM, Martha. Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión. Barcelona: Paidós, 2012.

SEN, A. O Desenvolvimento como Liberdade. 3. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

_____. Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation. Oxford: Oxford University Press, 1982.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

DANOS CAUSADOS POR CONSUMO DE DIETILESTILBESTROL: A CASUALIDADE ALTERNATIVA E A TEORIA DA RESPONSABILIDADE POR COTA DE MERCADO (MARKET SHARE LIABILITY)

*Caitlin Mulholland*⁷⁴

Introdução: o caso dietilestilbestrol

Entre os anos de 1947 e 1971, diversas empresas do ramo farmacêutico inseriram no mercado de consumo americano uma droga antiabortiva cujo elemento ativo era o dietilestilbestrol, estrogênio sintético mais conhecido como DES. Esse medicamento era receitado a mulheres com histórico de aborto espontâneo para evitar novos abortos ou o nascimento de bebês prematuros.

No período em que o DES foi comercializado no mercado americano, não havia a possibilidade científica de excluir por completo o eventual desenvolvimento de anormalidades nos fetos. Trata-se de típico exemplo do chamado risco do desenvolvimento. Por essa teoria, considera-se que determinado produto, quando desenvolvido e inserido no mercado de consumo, não demonstrava a sua defeituosidade por total incapacidade dos meios técnicos e científicos da época de estabelecer a existência desse defeito. Isto é, no momento em que o produto foi disponibilizado aos consumidores, era impossível, pelo estado científico e técnico da época, estabelecer que ele causaria danos a seus consumidores.

A constatação do risco do desenvolvimento de um produto pode levar a duas consequências: a exclusão da responsabilidade civil do fornecedor (tese adotada por esse ordenamento) ou sua responsabilidade (tese mais condizente com os princípios da reparação integral e o solidarismo social)⁷⁵. Depois de mais de 20 anos de consumo em larga escala – calcula-se que entre 1,5 milhão e 3 milhões de mulheres consumiram o DES somente nos EUA –, o medicamento foi retirado do mercado americano, quando se verificou o desenvolvimento de diversos tipos de câncer nas crianças nascidas de mães que ingeriram o produto durante suas gestações.

Constatou-se, em grande parte dos casos, o desenvolvimento de câncer na genitália e no aparelho reprodutor de meninas adolescentes, além de deformidades no útero. Também foi apresentado, embora em menor número, casos de meninos que, ao alcançarem a puberdade, desenvolveram câncer nos testículos, além da apresentação posterior de infertilidade.

Peritos médicos apresentaram relatório em 1971 indicando que o consumo de DES trazia como efeito colateral o desenvolvimento de câncer nos filhos das mães consumidoras. O dano (câncer) foi ligado ao consumo da droga (DES), estabelecendo dessa forma o nexo de causalidade necessário para que houvesse a obrigação de indenizar.

A grande questão que surgiu nesse caso foi: como provar que determinada empresa farmacêutica é a responsável pelos danos causados às filhas do DES (DES daughters), se as mães,

⁷⁴ Doutora em Direito Civil (UERJ). Professora da PUC-Rio.

⁷⁵ Para uma análise profunda da matéria, ver Calixto (2004). Na Inglaterra, em Portugal, na Itália e na Holanda, os riscos do desenvolvimento são excludentes de responsabilidade civil do fornecedor. Na Espanha também, menos para as hipóteses de medicamentos e alimentos. Nesses casos, mantém-se a obrigação de reparar por parte do fornecedor (CALIXTO, 2004, p. 187-190).

consumidoras, muitas vezes, nem sequer sabiam de que fabricante⁷⁶ fora adquirido o medicamento, por conta do decurso do tempo entre o tratamento e a propositura da ação? E mais: qual dos fabricantes do DES deveria responder pelos danos causados, se o medicamento adquirido era um genérico, sem especificação do fornecedor?

Para responder a essas questões, é necessário buscar os fundamentos na chamada teoria da causalidade alternativa. Essa teoria se aplica a situações em que um dano é ocasionado por uma pessoa indeterminada que participa de um grupo determinado. É possível identificar-se o corpo social do qual surgiu a conduta do agente causador do dano, mas impossível individualizar-se sua conduta, que se “esconde” em meio à massa de indivíduos que participam de um grupo. Surge daí o questionamento acerca da existência ou não de responsabilidade do grupo ainda que não haja a identificação do agente e a delimitação exata do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano gerado.

Supondo, ainda, a existência de várias condutas possivelmente causadoras do dano (causalidade concorrente em tese), mas sendo impossível identificar-se aquela que deu causa individualmente ao resultado, surge a relevância da investigação da causalidade múltipla para o estudo da responsabilidade coletiva.

A essa situação que se identifica tipicamente com a coautoria – ainda que seu conceito não se refira especificamente aos seus elementos –, pode-se referir como culpa anônima, causalidade alternativa ou responsabilidade coletiva. Essa situação será caracterizada sempre que o dano for produzido por uma pessoa não individualizada que, no entanto, faz parte de um grupo determinado e perfeitamente identificado⁷⁷. Ou seja, qualquer dos membros daquela coletividade poderia ter gerado o dano, daí porque se denominam essas situações como de causalidade alternativa (tanto um como outro poderia ter causado o dano).

As indagações que se fazem neste caso é: seria razoável não indenizar o dano causado pela falta de identificação do sujeito que o gerou? Ou, ainda, seria justo responsabilizar-se o grupo pela conduta de um de seus membros que, não estando identificado, foi o causador do dano produzido? A escolha, evidentemente, não é fácil⁷⁸.

Não existem dúvidas de que há uma tendência solidarista em relação à atribuição de responsabilidade civil ao grupo, como forma de facilitar a reparação dos danos injustamente causados. A princípio, pode-se imaginar que esse tipo de caso é raro e que, portanto, não deveria ser analisada com tanto detalhe. Engana-se, porém, quem pensa dessa maneira. Por exemplo, imagine-se naquelas situações cotidianas em que o dano é ocasionado por um grupo de crianças que, brincando com uma bola, quebra a vidraça de uma casa, ou, ainda, aquela situação em que determinada pessoa sofre um dano em decorrência de um acidente de automóvel com múltiplos atores, no que comumente se refere a engavetamento, sem saber-se qual dos carros gerou o dano. Nesses casos, se está diante de danos ocasionados por coletividades identificadas em que não é individualizada a conduta daquele que causou diretamente o dano a que se pretende a inden-

76 Estima-se que existiam entre 94 e 300 fabricantes da droga genérica DES somente nos EUA.

77 Há duas obras de doutrina brasileira que tratam deste tema com mais profundidade. São elas: Dias (1998) e Giustina (1991). Afora estes livros, a doutrina brasileira trata superficialmente do tema. Entre outros, ver Miranda (1984, p. 192); Gomes (1978, p. 338); Dias (1973, p. 451-452); Rodrigues (1982, p. 163-164) e Couto e Silva (1988). No direito francês, fonte desta teoria, temos a obra pioneira de Aberkane (1958, p. 516-554).

78 Tanto que Vasco Della Giustina (1991, p. 93) assim se pronunciou a respeito: “a questão é saber-se em que momento a injustiça de uma condenação solidária é menor do que o abandono da vítima à sua sorte!”.

zação.

O caso DES, que será analisado neste artigo, trata de uma hipótese bastante específica de causalidade alternativa, a chamada responsabilidade por cota de mercado. Antes de se adentrar aos fundamentos desse tipo de responsabilidade, vejamos os requisitos para que possa ser admitida tal hipótese em nosso ordenamento.

Requisitos para a responsabilização do grupo pela conduta danosa de seu membro

Os pressupostos para que a responsabilidade por causalidade alternativa se caracterize são, evidentemente, diversos daqueles que caracterizam a responsabilidade individual, ainda que contenha seus requisitos (dano, conduta culposa ou atividade de risco e nexo de causalidade – mesmo que em sentido diverso daquele classicamente estudado). O primeiro desses elementos é que a pessoa que causou o dano pertença a um grupo determinado e que ela não possa ser identificada como a autora do dano. Esse é o elemento base para a aplicação da causalidade não esclarecida, pois se for possível a identificação daquele que com sua conduta ou atividade ocasionou o dano, afasta-se a responsabilidade do grupo e sua configuração como “garantidor” da reparação, passando a vítima a fundamentar sua ação indenizatória nos pressupostos da responsabilidade individual. Por esse motivo, deve-se comprovar que foram usados todos os meios disponíveis para a identificação do causador individual do dano e que essa busca foi inútil⁷⁹. Ressalte-se que indícios sobre a autoria não são suficientes para a prova certa da imputação, daí porque se admite a responsabilidade coletiva nas hipóteses em que há probabilidade sobre a individualização da conduta, mas não sua certeza.

O segundo pressuposto é que o grupo a que pertence essa pessoa esteja participando de atividade suscetível de produzir danos. Não é necessário que haja um acordo entre os vários integrantes do grupo quanto à realização da atividade, sendo suficiente que a atividade seja considerada de maneira unitária, e não individual ou ocasional. Isto é, a reunião das pessoas em torno de um grupo não há de ser intencional, no sentido de ter sido organizada por algum dos membros ou por um terceiro, mas sim que haja o encontro de pessoas com uma mesma finalidade e que exista a consciência por parte dos membros de que eles pertencem a um grupo. Se existe a aglomeração, o encontro, para fins de aplicação dessa teoria, já está caracterizado o grupo, contanto que a atividade desenvolvida por ele seja potencialmente danosa. Ressalte-se, contudo, que a aglomeração fortuita não caracteriza o grupo para fins de sua responsabilização, na medida em que não existe a consciência do pertencimento.

Por fim, o último requisito, analisado de forma negativa, é o da exclusão de responsabilidade de determinado membro do grupo se esse provar que não era possível causar o dano que se pretende reparar. Por exemplo, caso em que o ferimento foi causado à bala e o sujeito não portava

79 Assim, em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu-se que o grupo não responderia por conta da individualização do autor do dano: “Ação indenizatória por ato ilícito. Lesões corporais em conflito do qual participaram várias pessoas. Atribuição, pelo autor, da autoria das lesões a um dos contendores. Aplicação da teoria da responsabilidade de grupos ou da causalidade alternativa. Impossibilidade em tal hipótese. Teoria só aplicável quando haja dúvida sobre quem tenha causado o dano dentro de um círculo de pessoas que o possam ter causado. Hipótese que incoorre quando o autor da demanda indenizatória indica, na inicial, dentre os componentes do grupo de cuja ação decorreu o dano que sofreu, o autor da ação danosa. Não provado pelo autor, como lhe competia, ter sido o réu o autor dos danos que sofreu, impunha-se, como ocorreu, a improcedência da demanda. Embargos infringentes assentados sobre voto vencido que, sem que o autor houvesse invocado, a esse deu razão em seu voto, aplicando a referida teoria. Desacolhimento do recurso, confirmando-se a posição majoritária no julgado” (TJRS, 3º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes nº 596219006, Rel. Osvaldo Stefanello, j. 07.03.1997).

arma de fogo. A responsabilidade coletiva e solidária dos membros de determinado grupo só atinge aqueles que não provam cabalmente a ausência de sua contribuição causal para a efetivação do dano. Se não é possível realizar-se essa prova, o membro do grupo responde como se fosse o autor individual do dano, em solidariedade com os demais. A respeito desse pressuposto, Aguiar Dias (1994, p. 805) muito sabiamente traz a seguinte justificativa em defesa da causalidade alternativa:

[...] temos dúvida em aceitar a conclusão, no caso concreto, em que o autor do dano ficou indeterminado. Se isto se deu, resultou do silêncio do autor do dano e dos demais participantes do jogo. Embora incontestável que o autor do dano seja um só, e só ele deva responder, por aplicação das regras de solidariedade, não é menos verdade que o expediente não podia vingar, precisamente, porque, depois do fato, o silêncio do verdadeiro agente e de seus companheiros criou a solidariedade, que aqui entra na sua acepção mais vulgar e menos discutível. [...] Tacitamente, é verdade, mas inequivocadamente todos os jogadores se teriam solidarizado com o autor direto do dano.

Ficam os demais membros do grupo que não causaram o dano com o verdadeiro encargo de identificar o agente a quem deve ser imputada a responsabilidade, na medida em que essa tarefa é presumidamente mais fácil a eles do que à vítima. A vítima fica liberada de realizar a identificação, que só será efetivada se houver interesse dos demais membros do grupo em agir regressivamente, o que em raras ocasiões ocorre, tendo em vista o conhecido corporativismo das associações grupais.

Em resumo, para se configurar a responsabilidade coletiva, baseada na ideia de causalidade alternativa ou causalidade presumida, será necessário agregar os seguintes requisitos, de acordo com enumeração realizada por Judith Martins-Costa (2009, p. 142):

a) o anonimato do dano, assim qualificado porque não é possível identificar o seu autor; b) a certeza de ter sido o dano provocado por integrante, ou integrantes, de um grupo de pessoas (v.g., os alucinados integrantes de uma 'torcida organizada' que, ao saírem do campo de futebol, seu time tendo sido derrotado, resolvem danificar os automóveis estacionados nas cercanias do estádio); c) o grupo aparece perfeitamente caracterizado, e seus integrantes são determinados, embora não se saiba qual deles causou o dano; d) o grupo não precisa ser 'organizado' ou 'institucionalizado' juridicamente: é um 'grupo de fato', podendo ser constituído pelas mais variadas formas; e) não se trata de um dano causado pelo grupo enquanto tal, o que caracterizaria uma responsabilidade subjetiva plural e solidária: o autor é apenas um, ou alguns, não se tratando de co-autoria entre todos os membros do grupo; f) o grupo não tem 'chefe', a quem reconduzir a responsabilidade, sendo igualitária a situação de seus componentes; g) o grupo desenvolve atividades de risco, ou perigosas; h) o verdadeiro autor do dano permanece oculto, escudado na atividade grupal, impossibilitando à vítima identificá-lo.

Considerando os requisitos delineados, será analisado a seguir como a teoria da causalidade alternativa foi aplicada no chamado caso DES e quais foram os pressupostos para a sua aplicação.

A decisão do caso DES: imputação de responsabilidade e cota de mercado

Em 1980, em decisão proferida pela Suprema Corte do Estado da Califórnia (Sindell v. Abbot Laboratories), decidiu-se pela responsabilização dos fabricantes de DES pelos danos cau-

sados por seu consumo⁸⁰. Nessa oportunidade, estabeleceu-se a obrigação de indenizar de alguns fabricantes de DES, com base em sua cota de participação no mercado consumidor americano (market share liability)⁸¹. Apesar de a teoria da responsabilidade pela cota de mercado ter sido aplicada pela primeira vez nesse julgamento, sua concepção foi resultado de artigo acadêmico escrito pela estudante de Direito Naomi Sheiner (DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability), publicado na *Fordham Law Review*, em 1978⁸².

A decisão do caso *Sindell* marca o momento do afastamento da antes necessária prova da causalidade, para considerar-se suficiente a prova da proporcionalidade da responsabilidade através da noção de participação no mercado. Foi, de fato, a primeira vez que se buscou a justificativa da participação no mercado como forma de estabelecer a responsabilidade civil. A vítima não necessita provar a existência do nexo de causalidade entre o dano que a acometeu e a conduta de determinado fabricante do medicamento. Torna-se suficiente que se identifiquem os produtores da droga e sua cota de participação no mercado para se alcançar a função da investigação e reconhecimento do nexo de causalidade, qual seja, a imputação das consequências danosas.

A aplicação dessa teoria, contudo, deve seguir determinados pressupostos, sob pena de tornar-se por demais ampla. Tais pressupostos, para o Direito norte-americano, são os seguintes: a) o produto deve ser fungível, já que cada uma de suas unidades deve ser por si só suficiente para causar o risco de dano, e quanto mais unidades forem inseridas no mercado, tanto maior a responsabilidade daquele que as inseriu, na medida em que aumenta o risco do dano, proporcionalmente; b) a impossibilidade objetiva de identificar-se o causador do dano. Isto é, a incapacidade de identificação do agente causador do dano não pode ser resultado de uma incapacidade subjetiva de realização da prova da autoria por parte da vítima. A responsabilidade civil por aplicação da teoria do market share só será aceita se não for possível a identificação do causador do dano. A vítima do dano deve demonstrar na ação indenizatória que tomou todas as medidas necessárias e possíveis para a identificação do causador do dano e falhou em sua tentativa; c) a inexistência de excludentes de responsabilidade. Se um dos pretensos responsáveis comprovar que não inseriu no mercado o produto, ou que não o inseriu em determinada área ou em determinada data, haverá a exclusão de sua responsabilidade; d) a demanda ser dirigida contra pessoas (fabricantes, por exemplo) que tenham uma participação considerável no mercado⁸³. Essa suposição se justifica, pois assegura probabilisticamente que o “causador” do dano estará entre os demandados; e) o produto deve ser intrinsecamente perigoso; f) o produto deve produzir um sintoma típico identificado como sendo o resultado de seu uso. É a chamada *signature disease*. No caso da DES, a *signature disease* é o câncer genital ou do aparelho reprodutor; e g) a vítima deve ter sido exposta ao produto.

Ressalte-se que a responsabilidade por cota de mercado, ainda que possa ser considerada uma espécie de responsabilidade por causalidade alternativa, afasta-se dela na medida em que não estabelece o princípio da solidariedade entre os fornecedores ou “membros do grupo”. Na

80 A referência do julgamento *Sindell v. Abbot Laboratories* é: 26 Cal. 3d 588, 607 P.2d 924, 163 Cal. Rptr. 132, cert. denied, 449 U.S. 912 (1980). A gravidade deste caso foi tamanha, que o Estado da Califórnia promulgou uma lei ad hoc excepcionando a ação de responsabilidade civil contra os fabricantes de DES. Isto porque devido ao transcurso do tempo (mais de 20 anos, em alguns casos), as ações de responsabilidade civil já haviam prescrito.

81 Sobre o caso DES, ver González (2003).

82 Sobre a construção da teoria do market share liability, ver também Gifford (2006).

83 Não se considera a participação no mercado internacional, pois o produto foi presumivelmente consumido em território nacional ou, até mesmo, regional.

responsabilidade por cota de mercado, cada presumido causador do dano responderá de acordo com sua participação no mercado e, conseqüentemente, conforme a probabilidade de ter causado o dano.

Isso se dá justamente por conta do princípio de que, não sendo possível a identificação do causador do dano (no caso quem era o fabricante do DES consumida pelas mães), responderão todos os fabricantes (mesmo aqueles que não foram fornecedores da droga para as mães), pois se estabelece um maior raio de ação. Aqui, quanto mais fornecedores se encontrarem no polo passivo, tanto maior será a indenização a ser recebida. No entanto, se no polo passivo da ação indenizatória encontrar-se somente um fornecedor, que detenha 30% de participação no mercado, a indenização não será integral, mas proporcional ao valor dessa participação.

Na hipótese de causalidade alternativa, se o dano sofrido é resultado da atividade desempenhada por um grupo de 10 pessoas (sendo certo que não existe como se identificar a conduta individual causalmente ligada ao dano) responderão todos os membros solidariamente, pela integralidade do dano. No caso da aplicação da teoria da responsabilidade por cota de mercado, se existem 10 fabricantes da droga geradora do dano, cada qual mantendo 10% da cota de mercado (distribuição e consumo), a vítima, para se ver integralmente reparada, deve demandar contra todos os fabricantes. Se ela ingressar com ação indenizatória contra 4 fabricantes, ela somente receberá uma indenização equivalente a 40% do valor total dos danos sofridos.

Cumpridos os pressupostos indicados, o tribunal poderá presumir a causalidade e indicar a reparação dos danos causados, realizando uma distribuição do valor determinado de acordo com a participação dos demandados no mercado. A responsabilidade, portanto, é individual e fracionada, e jamais solidária.

No Brasil, não existem casos relatados em que se utilizou o critério da cota de mercado como forma de estabelecer a responsabilidade individual de cada um dos demandados de determinada ação indenizatória. De todo modo, a aplicação da teoria da responsabilidade civil por cota de mercado não parece ser a mais adequada quando se está diante de situações em que se presume a solidariedade. Em hipóteses tais, a solidariedade passiva dos obrigados a indenizar é forma mais ampla de garantia da indenização, na medida em que a vítima do dano pode razoavelmente ver-se indenizada integralmente pelo dano ocorrido, independentemente da demonstração da participação de cada presumido obrigado na origem do dano.

Na responsabilidade baseada na participação no mercado, por sua vez, a vítima do dano deve, necessariamente, intentar a ação indenizatória contra todos aqueles presumidos causadores do dano (mesmo que alternativamente), e sua indenização será proporcional à participação de cada um dos “causadores” no mercado.

Críticas à teoria da responsabilidade por cota de mercado

Uma crítica que se permite fazer à teoria da responsabilidade por cota de mercado é a de que mesmo havendo a facilitação da prova do nexo de causalidade por parte da vítima do dano, à medida que se presume a causalidade, ainda resta a ela necessária prova da cota de mercado, o que não é fácil. A prova dessa participação é fundamental para que, a partir dela, seja possível determinar o quantum indenizatório. No caso Sindell, por exemplo, foi determinada a necessária prova de uma cota de mercado substancial (“substantial share”) por parte dos demandados como forma de efetivar a realização do dever ressarcitório. Assim, a vítima dos danos não neces-

sitaria demandar contra todos os fabricantes de DES (o que seria virtual e processualmente impossível, visto que existiam, em determinada época, até 300 fabricantes da droga), mas somente contra alguns que representassem uma participação substancial no mercado nacional. O critério do “substantial share” foi selecionado por representar uma possibilidade real de que o produtor demandado com uma participação significativa no mercado tenha contribuído para o dano. Porém, o contrário também é possível, isto é, o fato de que alguns dos demandados não tenham contribuído em nada para o dano causado à vítima, autora da ação indenizatória. Esse dilema resolve-se através de uma escolha de priorizar a defesa da vítima e de sua indenização pelo dano injustamente sofrido, consubstanciando o princípio da solidariedade social.

Somem-se a essa crítica numerosas outras que são feitas pelos teóricos da análise econômica do Direito. A primeira delas é a de que, ao se estabelecer a responsabilidade por participação no mercado, os réus da ação (no caso DES, as empresas farmacêuticas) respondem pelo simples fato de serem economicamente ativos, isto é, por estarem inseridos em um mercado de consumo. Isso gera um custo enorme de administração e de gestão de riscos por sua parte o que, em última medida, será revertido nos custos dos serviços e produtos oferecidos aos consumidores. Além do mais, a simples assunção do risco de se estar inserido num mercado é suficiente para aumentar sobremaneira a litigiosidade de uma determinada comunidade. Em exemplo, se determinada empresa possui participação mínima no mercado, existirá uma tendência ao desleixo e à negligência dela em relação ao produto que comercializa, já que a sua responsabilidade, se um dia vier, será também mínima.

As críticas à adoção do critério do sistema de responsabilidade civil baseada na cota de participação no mercado são, de fato, contundentes e eficazes. Ainda que se vise à ampla reparação dos danos causados às vítimas de DES, priorizando os princípios da solidariedade social e da reparação integral, a indenização requer um rígido controle por parte dos magistrados dos parâmetros que devem ser adotados em sua aplicação. Na falta de um deles, não se deve aplicar o critério da responsabilidade pela cota de mercado.

No Brasil, onde não há ainda ações indenizatórias com base em tais argumentos, parece que existe um entendimento doutrinário prevalecente negando a possibilidade de sua efetiva aplicação, qual seja, a exclusão da responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento. No caso específico do DES (ou da talidomida, ou do amianto, para o mesmo fim), a responsabilidade do fornecedor do produto estaria afastada fazendo o réu a prova de que no momento em que o bem foi inserido no mercado consumidor não era possível antever os seus efeitos danosos, tendo em vista o desenvolvimento técnico-científico da época. Portanto, são argumentos a favor da exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento: a) inexistência de defeito, pressuposto da obrigação de indenizar por parte do fornecedor; b) dificuldade de repartição dos riscos com os consumidores através do preço dos produtos (internalização dos custos sociais dos danos); c) necessidade de se permitir a pesquisa e o progresso científico e tecnológico, que, de outra forma, estariam engessados.

Enquanto prevalecer esse entendimento, não há lugar para a aplicação da teoria da cota de mercado. Contudo, em uma sociedade que se pretende solidarista é conflitante a ideia da exclusão da responsabilidade pelo risco do desenvolvimento e o princípio da plena reparabilidade da vítima. Se ao fornecedor era impossível prever os efeitos danosos do produto que inseriu no mercado consumidor, mais ainda à vítima, que, além do mais, confiou na qualidade do produto e

no seu atributo não defeituoso. São, portanto, argumentos a favor da manutenção da responsabilidade do fornecedor mesmo diante dos riscos do desenvolvimento: a) evitar o retorno à responsabilidade fundada na culpa, na medida em que se buscaria a prova da negligência da pesquisa para provar-se a existência da obrigação de indenizar; b) caráter de imoralidade da venda de produtos inseguros; c) nenhum consumidor deve arcar sozinho com os danos que venha a sofrer por conduta alheia; d) aplicação dos princípios da justiça distributiva, no sentido de que os riscos que advêm de uma sociedade de consumo sejam arcados por aquele que inseriu no mercado os mesmos perigos; e, por fim, e) a lei não prevê essa hipótese como excludente da responsabilidade civil⁸⁴.

Conclusão

O fundamento da responsabilidade civil hodiernamente deve ser alcançado mediante a seguinte pergunta: quem deve arcar com o ônus do dano, a vítima ou o ofensor? A resposta adequada deve ser dada levando-se em consideração a história social e as regras e valores inerentes à determinada sociedade. Assim é que a responsabilidade civil surge como primeiro impulso de punir o ofensor – realizando uma função retributiva – para transformar-se, a posteriori, num meio de reparar a vítima – efetivando um ideal de justiça distributiva, conforme se vê. Segundo Luiz Díez-Picazo (1999, p. 85), a responsabilidade civil estava destinada a moralizar as condutas individuais mais que assegurar às vítimas a reparação dos prejuízos. A sua função original era essa, mas a retomada de valores e princípios personalistas pelo ordenamento jurídico fez com que fosse possível a virada principiológica da responsabilidade civil.

Essa mudança de perspectiva traz uma série de consequências quanto à aplicação e à interpretação das funções da responsabilidade civil. A principal delas, compartilhada pioneiramente por Orlando Gomes (1980, p. 296), dá-se pelo giro conceitual em relação à justificativa da existência de um direito da responsabilidade civil. A obrigação de indenizar sempre foi associada à existência de um ato ilícito. Esse era seu fundamento primário e sua razão de ser. O ato ilícito, conceituado como toda conduta culposa contrária ao direito que gera um dano a outrem, possui forte traço moralista, no sentido de que os danos causados por quem tenha agido contra o direito devem ser devidamente ressarcidos. Nota-se aí que o foco de atenção é o ofensor, isto é, a reparação do dano causado tem o objetivo de sancionar a conduta do ofensor, quase que como uma punição pelo desequilíbrio sociopatrimonial que gerou com sua atuação contrária ao direito.

Esse panorama, contudo, muda integralmente quando se retira o foco ou o objetivo da responsabilidade civil desse participante ativo e passa-se a analisar o resultado gerado, e não a conduta propriamente. Em outras palavras, a conduta ofensiva perde relevância ante o dano sofrido. Essa inversão traz como consequência a alteração da perspectiva da responsabilidade civil do ofensor para a ótica da vítima.

Enxerga-se o dano injusto⁸⁵, e não mais o ato ilícito; busca-se a plena reparação da vítima do dano injusto, e não mais a punição daquele que age ilicitamente. A responsabilidade civil passa

84 Neste sentido, Marins (1993, p. 131-135), Tepedino (2000, p. 68-70), Cavalieri Filho (2003, p. 437), Lisboa (2001, p. 248-250), Rocha (1992, p. 111-114), Calixto (2004, p. 231), entre outros.

85 O dano injusto constitui uma cláusula geral, através da qual os aplicadores do direito – mais especificamente, os juízes – concretizam as situações de dano ressarcível, analisando não mais a conduta culposa como parâmetro de identificação do ilícito, mas agora a concreta violação do dever de não lesar, criando assim a possibilidade da atipicidade dos atos ilícitos e ampliação das hipóteses de reparação.

a cumprir uma renovada função, qual seja, a de reparar os danos sofridos pela vítima, muito mais do que o de obrigar o agente a indenizar por conta de sua conduta culposa. E isso se deve à tomada de consciência e ao sentimento coletivo a respeito da injustiça de deixar a vítima em uma posição desfavorável em relação ao dano que lhe foi ocasionado.

Considerando esses pressupostos, da análise do caso DES, retiram-se algumas considerações relevantes. A primeira diz respeito aos próprios princípios e valores que servem de base para a teoria geral da responsabilidade civil. Com a admissão da causalidade alternativa ou da responsabilidade civil pela cota de mercado pela legislação e pela jurisprudência, rompe-se com o princípio informador do nexo de causalidade, qual seja, “para cada dano, uma causa”.

Ao mesmo tempo, a aceitação da responsabilidade civil coletiva importa na efetivação do princípio da solidariedade social, base do Estado Democrático de Direito, ao lado da dignidade da pessoa humana. A vítima passa a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico, sendo certo que a reparação dos danos causados a ela é prioridade, deixando-se de lado outra faceta da responsabilidade civil que seria a “punição” do agente causador do dano. Não importa de quem partiu a conduta, verdadeiramente, pois o objetivo é reparar o dano sofrido, e não punir o dano causado. Por conta desse princípio, responde o grupo, como coletividade.

O fundamento dessa responsabilidade é buscar-se o ressarcimento da vítima, presumindo-se o nexo de causalidade. O que se busca com a causalidade alternativa é possibilitar a reparação dos danos causados pela facilitação do ônus probatório. Em vez de a vítima ter que provar que determinada pessoa, por conta de sua conduta, causou o dano que a afligiu, poderá contar com a presunção da causalidade, sendo suficiente a prova de que sofreu um dano, e que o dano foi consequência de determinada atividade realizada por determinado grupo.

Para casos semelhantes ao relatado neste artigo, a opção pela responsabilização por meio da causalidade alternativa ou da cota de mercado seria uma forma de permitir a plena reparação das vítimas, objetivo primeiro do novo Direito de Danos.

Referências

- ABERKANE, Hassen. Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, t. 56, 1958.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé. Cours fait à la Faculte de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, 1988.
- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2.
- _____. Da responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.
- DIAZ, Julio Alberto. Responsabilidade coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luiz. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999.
- GIFFORD, Donald G. The Death of Causation: Mass Products Torts’ Incomplete Incorporation of Social Welfare Principles. *Wake Forest Law Review*, v. 41, 2006. Disponível em: <http://64.233.161.104/search?q=cache:UoRAOw2HhOkJ:digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/50/+%22death+of+causation%22&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1&client=firefox-a>.

Acesso em: 20 maio 2006.

GIUSTINA, Vasco Della. Responsabilidade civil dos grupos: inclusive no Código do consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, J. R. P. (Org.). Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1980.

GONZÁLEZ, Albert Ruda. La responsabilidad por cuota de mercado a juicio. Working paper, Barcelona, n. 47, jun. 2003. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 2 jun. 2015.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed., 2. reimpr. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984. t. 22.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

SHEINER, Naomi. DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability. *Fordham Law Review*, n. 46, p. 963-1007, 1978.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, abr./jun. 2000, p. 68-70.

MORTE DIGNA: MEDITAÇÕES SOBRE O DIREITO E A ÉTICA NO FIM DA VIDA

*Célia Barbosa Abreu*⁸⁶

*In memoriam de
Iolanda Zaccara Barbosa*

Introdução

Em meio aos problemas presentes no sistema privado de saúde, ocorre uma situação que exige ser revelada e combatida. É o caso dos pacientes em estágio terminal, usuários do sistema de saúde suplementar, que buscam o ambiente hospitalar para aumentar suas chances de sobrevivência e ficam encarcerados em uma armadilha desumana e mercadológica, estendendo a agonia de sua morte.

Com efeito, a permanência em um Centro de Tratamento Intensivo (CTI), o monitoramento das partes respiratória, renal e cardíaca, o oxigênio contínuo, a hemodiálise – entre outros procedimentos – envolvem alto custo; por isso, passa a ser particularmente interessante para os estabelecimentos hospitalares manterem o paciente terminal sujeito a todo esse aparato, embora não seja mais do seu interesse e de seus familiares, mas sim com a finalidade de lucro. O sofrimento da morte é prolongado, constituindo uma autêntica tortura, enquanto o hospital recebe dinheiro do plano de saúde, com a conivência dos médicos (art 5o, III, CF/88).

Essa situação é entendida como distanásia, isto é, a extensão ao máximo da morte, por intermédio do uso de meios extraordinários e desproporcionais, que propiciam aumento da quantidade de vida, sem contribuir, porém, para a melhora da qualidade de vida do enfermo. Nesse quadro, o indivíduo passa da condição de ser humano à de uma verdadeira coisa, em um processo que resulta em autêntica “coisificação da pessoa humana”, afrontando a sua dignidade e, por conseguinte, o direito fundamental de morrer dignamente.

Nessa conjuntura, nota-se que, quando o assunto é levado ao Poder Judiciário, isto se dá a partir de preocupações com interesses prevalentemente econômicos, em vez de considerações em torno dos direitos fundamentais do paciente e de seus familiares. Até porque, os danos causados recaem não somente sobre o patrimônio, mas sobretudo sobre a própria pessoa humana.

Aqueles que deveriam desempenhar o papel de protagonistas da tutela da vida e da saúde, por força de um contexto de mercantilização da medicina, tornam-se algozes delas. Trata-se de uma prática abusiva e alheia à responsabilidade social esperável dos incumbidos da prestação do fornecimento dos serviços de saúde, consistindo um problema ético e jurídico, que exige a iden-

86 Cursando estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na linha de pesquisa em Direito Civil. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional PPGDC/UFF. E-mail: celiababreu@terra.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8015623070536170>.

O presente trabalho é fruto de discussões ocorridas no âmbito do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais/UFF, cadastrado no CNPQ, sob a liderança da autora, tendo sido revisto pelas discentes: Carolina Nobre e Thaís Iwanaga, consignando-se aqui um expresso agradecimento à contribuição por elas realizada.

tificação dos responsáveis. Importante corroborar a formação de uma massa crítica sobre tal fato de gravidade incontestável, por envolver a violação de direitos fundamentais, enquanto o Estado e a sociedade permanecem alienados e distantes.

Assim, a pesquisa se valerá, em especial, dos métodos dialético e indutivo, discutindo os argumentos existentes, propondo soluções alternativas e analisando um caso concreto levado a julgamento junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70042509562), em que a afirmação de que o trato do tema tem se restringido, predominantemente, ao cuidado relativo a interesses pecuniários quedará demonstrada.

Para tanto, este ensaio é dividido em quatro partes. A primeira está voltada para a compreensão de quem é o paciente terminal. A segunda refere-se a instrumentos em que é conferida atenção aos direitos fundamentais à vida e à morte dignas. A terceira refere-se a quando são realizadas distinções entre atitudes tomadas na iminência da morte (eutanásia, ortotanásia, distanásia e cacotanásia). A quarta, por sua vez, está destinada a comentar o julgado antes referido. Na conclusão, são feitas considerações sobre os objetivos alcançados com a investigação científica proposta.

O paciente terminal

Quando se fala em “paciente terminal”, a ideia que segue é a de alguém que tem seis meses, ou até pior, uma semana de vida, etc. Essa concepção, no entanto, não está correta. Terminalidade nada tem a ver com o tempo de vida. O chamado paciente terminal é aquele que está acometido por uma doença grave, incurável, fora da possibilidade de tratamento de controle, que ameaça a continuidade da vida, estando em progressão, a qual levará, inexoravelmente, à morte.

Apesar de não haver cura, é inquestionável que esse paciente deverá ser tratado. Afinal, a medicina não se restringe somente ao tratamento de doença, mas também ao cuidado com a pessoa. Ali está um ser humano, que é mais do que um corpo, na sua condição biológica. Há, portanto, ainda muito trabalho a ser feito. Até porque, ao seguir o seu fluxo natural, a patologia produzirá dor capaz de afetar as diversas dimensões humanas, como a física, mental, a social e a espiritual. Aquele que tem dor, por sua vez, muitas vezes se sente impotente pelo fato de não poder aliviá-la. Com isso, o paciente sofre.

Para lidar com esse sofrimento, ele precisará de um cuidado clínico apropriado. Serão necessários os cuidados paliativos, em relação aos quais, sempre que possível, o doente deverá ser ouvido. Urge resguardar a qualidade de vida, no final dela. Nele, devem ser empregues todos os esforços possíveis para que inexista dor, solidão, abandono, desconfiança, exploração, etc. Deve haver um compromisso, em nome da dignidade humana e da solidariedade, relativamente à qualidade de vida daquele que tem pouco tempo a viver.

Imperioso ultrapassar a leitura positivista da morte, conferindo-lhe uma visão humanista. Morrer não é só um resultado da condição finita do homem, tem a ver com o próprio sentido da vida humana. Assim como viver tem valor, morrer com dignidade também o tem. Aquele que está na antecâmara da morte igualmente poderá se valer da tecnologia como medida proporcional e capaz de afastar a sua dor. O uso da biotecnologia médica, contudo, deve obedecer ao imperativo ético de humanizar a dor da morte. Afinal, os recursos tecnológicos correspondem a um produto da conquista científica do homem e, dessa forma, contra ele não podem se voltar. A tecnologia não é um fim em si mesma, mas sim um meio. A sua utilização faz sentido quando

destinada ao cuidado com a pessoa humana, sendo questionável, no entanto, a chamada “tecnolatria” (PESSINI, 1996).

Nessa esteira, o atual Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009), que entrou em vigor em 14 de abril de 2010, em seu art. 41, parágrafo único, diz que, nos casos de doença incurável e terminal, incumbe ao médico disponibilizar todos os cuidados paliativos existentes, refutadas ações diagnosticas ou terapêuticas inúteis e obstinadas, tendo em vista sempre a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Direito à vida e à morte dignas

Nos dias atuais, não se discute que o direito fundamental à vida abarca o direito à vida digna, intimamente relacionada com a qualidade de vida e o direito fundamental à saúde. A dimensão deste, a seu turno, não se limita ao direito humano à assistência sanitária, incluindo questões comportamentais, sociais e ambientais. Ultrapassa até mesmo a proteção da integridade psicofísica do sujeito, abrangendo todo o desenvolvimento sadio e livre de sua personalidade (PERLINGIERI, 2008, p. 773-775).

O direito fundamental à saúde é assegurado em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, podendo encontrar guarida na cláusula geral de tutela da pessoa humana, consagrada nos artigos 1º, III; 3º, III e 5º, parágrafo 2º da Constituição da República, que comporta uma proteção ampla e geral do ser humano. Nesse instrumento, há não somente amparo para as situações de ameaças ou lesões, mas também um verdadeiro compromisso constitucional com a promoção do desenvolvimento digno da personalidade humana (TEPEDINO, 1999, p. 48).

Quando se está, portanto, diante de “atos relativos à saúde”, como é o caso da escolha do tratamento médico a ser ministrado a um paciente terminal, não se tem dúvida de que a decisão eleita reflete diretamente no desenvolvimento do ser humano. Caso se opte por prosseguir apenas com cuidados paliativos e medicamentos para combater a dor o sofrimento ou, ao revés, se entenda que deva seguir no sentido de assegurar mais quantidade vital, em detrimento da qualidade de vida, sob o manto do estrito cumprimento do dever legal e do estado de necessidade, usados meios artificiais e desproporcionais para esse desiderato, em um caminho ou no outro, o processo vital será afetado. A concepção de vida, como um fenômeno passível de se reger de per si (ABBAGNANO, 2000, p. 1000-1002), já não será a mesma. Seguirá um novo percurso.

Nesse sentido, entende-se que a discussão sobre tais decisões, que afetam muito mais do que a integridade física ou o corpo humano, não deve se ater apenas ao chamado “consentimento informado”. Afinal, nem sempre é possível obter uma manifestação volitiva válida do paciente, o que por si só já configuraria uma razão para outras questões serem consideradas. A própria flexibilidade ínsita à personalidade humana afasta critérios rígidos, destacando que para ela o melhor parâmetro será sempre o da dignidade, que tem um cunho ontológico, impondo o seu respeito e a sua promoção de forma universal (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 19-20).

De fato, vários critérios podem e devem ser pensados, sem dispensar é claro o dever de o médico usar todos os meios ao seu alcance para esclarecer o paciente e, se possível, sua família (ASCENSÃO, 2008, p. 167). Entre eles, a saber: a) o da razoabilidade da medida a ser adotada; b) o de sua proporcionalidade para o caso concreto; c) o da eficácia da estratégia; d) o da utilidade dela para o paciente; e) o de sua necessidade; f) o da especificação das chances de cura eventual-

mente existentes; g) o das condições de a medida propiciar um alívio para o sofrimento do enfermo; h) o da verificação da conformidade da medida como caminho solidário e condizente com a história pessoal de vida do doente, etc.

Sob essa ótica, na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi aprovado o Enunciado nº 29, o qual guarda consonância com os critérios já sugeridos para fins de eleição do tratamento adequado à situação concreta do paciente terminal, mediante o atendimento de suas necessidades específicas. Indica, em particular, a atenção a ser concedida relativamente a eficácia, efetividade e segurança, quando da eleição das providências de saúde a serem ministradas ao paciente. Vai além, quando propaga o entendimento segundo o qual, ocorrendo indícios de ilícitos, por ocasião da tomada de tais decisões, sugere que o Juiz oficie ao Ministério Público e à respectiva entidade de classe, para fins de tomada das medidas cabíveis. Nessa ordem de ideias, atitudes como as da distanásia não ficariam mais impunes⁸⁷.

Igualmente trazendo critérios mais condizentes com a flexibilidade e melhor adaptação das medidas a serem adotadas para o atendimento integral e apropriado à saúde do paciente, foi também aprovado na referida Jornada o Enunciado nº 30, o qual; entre os parâmetros (eficiência, eficácia e segurança), elenca-se o do custo-efetividade do tratamento. Esse critério é particularmente interessante para a situação da distanásia na saúde suplementar, pois o paciente e seus familiares serão informados do chamado custo-efetividade envolvido na prestação e, assim, poderão estar mais atentos à razoabilidade e à proporcionalidade da terapia aplicada, considerando até mesmo o tempo de sua duração que, conforme o caso, poderá ser um fator a evidenciar que o procedimento proposto está, em verdade, configurando uma pomposa fonte de renda para os prestadores do serviço de saúde⁸⁸.

Necessário, então, se discutir se, neste caso, estará ou não sendo respeitado um desejo comum a todos, qual seja o de o indivíduo ver a sua a vida pessoal terminar apropriadamente, em seu lar, rodeado de seus familiares, em vez de instrumentalizado por um aparato tecnológico hospitalar e impessoal, administrado por pessoas a ele desconhecidas. Assim se passando os fatos, o paciente em estágio terminal conseguir ver respeitado o seu direito fundamental de morrer dignamente. Com a chamada morte digna, o fim do processo vital terminaria regularmente, vindo a morte como um fato biológico incidente na ordem natural das coisas, tal qual o nascimento (ABBAGNANO, 2000, p. 683-685).

Com efeito, como visto, não restam dúvidas de que a “existência digna” é tutelada juridicamente, motivo pelo qual indaga-se: por que não proteger também o direito de “inexistir dignamente”? Nessa perspectiva, é válido recordar da vedação a vilipendiar o cadáver; da tutela da imagem atributo e da honra objetiva do de cujus; do direito à certidão de óbito; entre outros tantos direitos reconhecidos em função daquele que não mais existe. E qual, afinal, seria o fundamento dessa proteção jurídica post mortem? Não poderia ser outro senão o da já citada cláusula geral de tutela da pessoa humana, consagrada na Constituição Cidadã (TEPEDINO, 1999, p. 48).

87 Enunciado n. 29: “Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.”

88 Enunciado n. 30: “É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição.”

De antemão, diga-se que essa cláusula não traz nenhuma limitação de ordem temporal para se proteger os direitos fundamentais dela decorrentes. Além disso, suas diretivas se aplicam a toda a ordem jurídica, sendo certo que o constituinte não se esqueceu do tema falecimento, consoante se vê do disposto no art. 5º, LXXVI, b da Constituição federal de 1988, quando cuida da gratuidade da certidão de óbito para os reconhecidamente pobres, na forma da lei. Afora isto, cabe dizer que os interesses fundamentais de uma pessoa se constroem ao longo de sua vida, o que gera nela algumas expectativas, por exemplo, relativamente à forma pela qual será lembrada após o seu falecimento. Tais interesses merecem ser protegidos.

Assim como foi feita referência ao direito fundamental à vida englobar a qualidade de vida, o que permitiria falar em vida digna, o mesmo cabe afirmar quanto à morte. Ou seja, a ordem jurídica deve igualmente garantir condições dignas para aquele que está enfrentando o fim do seu ciclo de vida, a qualidade vital no momento da morte. Imperioso reconhecer ao indivíduo o direito à morte digna. Desse modo, devem ser colocados ao alcance do paciente terminal todas as medidas que lhe assegurem o maior bem-estar físico, psíquico e espiritual concretamente exequíveis. Trata-se de propiciar-lhe o atendimento mais integral e adequado possível, envolvendo uma equipe multiprofissional, que atue de modo (multi, trans e inter) disciplinar (JACOB FILHO; CHIBA, 2000, p. 400).

Procedimentos voltados à sobrevivência por ela mesma, quando se trata de alguém em estágio terminal, podem configurar um sofrimento que vai além da pessoa do paciente e atinge seus familiares e pessoas próximas. Eles também estão em situação de hipossuficiência, vulneráveis, ou melhor, vulnerados. Deverão, por isso mesmo, acaso necessário, ser alvo de cuidados especiais, os mais amplos e gerais. Para com eles, é preciso o respeito, a verdade, o dever de informar, prática mais leal e apropriada ao cumprimento da regra de conduta da boa-fé e da probidade nas relações sociais/jurídicas, as mais diversas.

Em suma, quaisquer que sejam os parâmetros a serem ponderados, por ocasião da escolha do tratamento cabível ao sujeito, entende-se que eles deverão, por essência, ser flexíveis, dada a plasticidade inerente à condição humana. Afinal, a situação exige reflexões em torno dos interesses humanos, dos direitos fundamentais individuais, que determinam que se leve em conta hoje “a qualidade de vida também no fim do processo vital”, o que só é respeitado quando observado o direito fundamental a um tratamento digno, personalizado, “sob medida” e, por conseguinte, harmonizado às necessidades específicas que cada um.

Eutanásia, distanásia, ortotanásia e cacotanásia

Difícil dizer de que modo alguém preferirá morrer. É uma escolha muito difícil. Isso se levado em consideração, é claro, a possibilidade de escolher, ocasião em que são tomadas decisões consubstanciadas em interesses fundamentais individuais, variáveis de pessoa a pessoa. Em face disso, há quem pondere que o Estado não deve determinar “uma concepção geral e única à guisa de lei soberana” a esse respeito, devendo, prioritariamente, estimular as pessoas a tomarem as melhores providências possíveis, com vistas ao seu futuro (DWORKIN, 2003, p. 301).

Atualmente, essas medidas vêm se dando mediante as chamadas “diretivas antecipadas de vontade”, também denominadas “testamentos vitais”, matéria que agora foge ao escopo desta investigação. Acaso não sejam tomadas, existe quem sustente que deveria o governo permitir que, dentro do juridicamente admissível, tais escolhas fiquem a cargo dos parentes e de pessoas

próximas ao paciente terminal. Elas teriam maiores condições de saber os interesses fundamentais que, de fato, pautaram a história pessoal daquele que, no momento, vê-se fragilizado e hipossuficiente, por conta da aproximação de sua morte. Tal postura seria preferível a qualquer juízo universal, teórico e abstrato, nascido nos escalões do governo em que predominam os grupos de interesses e suas manobras políticas (DWORKIN, 2003, p. 301)⁸⁹.

Necessário agora diferir as condutas deste tópico, o que se fará partindo da etimologia das palavras, que nesses casos vem da Grécia antiga. O vocábulo eutanásia deriva do grego eu (bom) e thánatos (morte), e significa o que vulgarmente se denomina de boa morte, morte calma, morte doce e tranquila (SILVA, 1999, p. 328); corresponderia, em apertada síntese, à “prática de abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente a quem a medicina não oferece a possibilidade de cura” (SIDOU, 2004, p. 367).

À eutanásia foram atribuídas diferentes conceituações, englobando formas ativas e passivas. Todavia, prevalece atualmente o entendimento de a ela ser conferida uma acepção mais estreita, pela qual envolveria somente a forma ativa, aplicada por médicos aos pacientes terminais e cujo falecimento é inevitável a curto prazo. Estariam excluídas a eutanásia passiva e a indireta, além do chamado homicídio piedoso. Fala-se, ainda, de eutanásia voluntária e involuntária (MARTEL, 2014, p. 208).

A eutanásia é um tema complexo, situado em meio às situações existenciais. Seria um último recurso para as hipóteses limites, em que recursos biotecnológicos, ética e juridicamente aceitáveis revelam-se insuficientes. O quadro é tal que, à luz da doutrina contemporânea, toda a conjuntura presente autoriza afirmar que, diante da impotência para se propiciar qualquer alívio ao que sofre e tem a sentença de morte como algo inevitável e em curto prazo, quem assim procede pratica “um ato de respeito à autonomia do enfermo” (BARBOZA, 2010, p. 47).

Distanásia, do grego dusthánatos, significa morte penosa, lenta. É definida como a prática médica voltada para afastar ao máximo o momento da morte e, com isso, prorrogar a todo custo a vida por obstinação terapêutica. Essa atitude, visando salvar a vida do paciente terminal, culmina por submetê-lo a grande sofrimento. Trata-se de uma conduta pela qual não se prolonga a vida propriamente dita, mas sim o processo de morrer. Na Europa, é chamada de “obstinação terapêutica”, enquanto nos Estados Unidos de “futilidade médica” (medical futility) (PESSINI, 1996).

Na distanásia, para prolongar os sinais vitais do paciente, é feito uso de meios artificiais, de forma desproporcional e desarrazoada. O ser humano acaba vítima indefesa de tortura. No sistema de saúde suplementar, junto aos chamados “hospitais da modernidade”, tal procedimento é corriqueiro, realizado de baixo dos narizes de todos, com fins lucrativos. Aí está instaurado, por conseguinte, um grave problema ético, sobretudo diante do fato de que o progresso técnico-cien-

⁸⁹ Na V Jornada de Direito Civil do CJF (Conselho de Justiça Federal) foi aprovado o Enunciado n. 528, relativo ao testamento vital. O teor do entendimento acolhido foi: “Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857: É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.” Em seguida, a VI Jornada de Direito Civil do CJF aprovou enunciado sobre o tema, o Enunciado n. 533. Neste, se compreendeu que: “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.” Recentemente, a questão das diretivas antecipadas foi objeto de discussão e aprovação de enunciado na I Jornada de Direito de Saúde do CNJ, Enunciado n. 37. De acordo com este: “Enunciado n. 37 - As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.”

tífico intervém decisivamente na fase final da vida humana (PESSINI, 1996).

À distanásia se contraporia a ortotanásia, que seria justamente uma negação da distanásia, ou seja, a rejeição ao “encarniçamento terapêutico” e a aceitação e busca do “falecer em paz”. Etimologicamente, o termo ort(o) traduz a noção de algo que é correto, reto, direito, justo, motivo pelo qual a ortotanásia seria a morte correta, isto é, “deixar morrer em paz, proporcionando ao enfermo uma morte digna e respeitando os seus direitos” (JUNGES, 1999, p. 180). Significa não intervir de forma alguma, quer para prolongar a vida, quer para apressar a morte, deixando simplesmente a natureza agir (DALLARI, 2009, p. 43).

A ortotanásia não envolve o uso de meios extraordinários e desproporcionais, como se dá naquela. Igualmente, não se confunde com a eutanásia, pois resulta na aceitação da morte no seu curso normal, enquanto nesta o fim da vida se dá via intervenção intencional externa, que o abrevia. Na ortotanásia, embora aceita a morte como fato natural, o enfermo terminal não é abandonado sem cuidados. Ao revés, a seu benefício, são adotados os chamados cuidados paliativos, voltados para o alívio do sofrimento do paciente.

Cite-se, por último, a cacotanásia, isto é, a morte em meio à dor e à angústia. Do grego *kakothanasía*, significa morte miserável. Envolve a provocação da morte alheia pela falta de atendimento das necessidades essenciais à vida, como a de alimentos, condições sanitárias e ambientais. Nessa situação, insere-se um elevado número de crianças brasileiras, que morrem antes de completar um ano de idade, por subnutrição, falta de cuidados médicos e moradia, com um mínimo de conforto e dignidade (DALLARI, 2009, p. 43).

Estudo de caso

Para fazer o exame de um caso concreto, a exemplificar a situação aqui narrada, foi colhida na jurisprudência a decisão proferida pela Vigésima Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70042509562, em que figurou como apelante a Associação dos Funcionários Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (AFPERGS) e como apelados Gilberto Oliveira Freitas e Guilherme da Silva Benites. O Relator do decisum foi o Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, tendo sido unânime a decisão que negou provimento à apelação⁹⁰.

In casu, uma apelação cível interposta pela referida associação contra sentença que indeferiu petição inicial, por ilegitimidade ativa, em ação cautelar de suprimento de vontade movida em face de Guilherme da Silva Benites e Gilberto de Oliveira de Freitas, neto e filho, respectivamente, de Irene Oliveira de Freitas. Pretendia a entidade mantenedora do Hospital Ernesto Dornelles (apelante), no qual estava internada Irene – com quadro de descompensação secundária

⁹⁰ A seguir a ementa do decisum:

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO.

Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for a sua hierarquia.

O desejo de ter a “morte no seu tempo certo”, evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória.

No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir.

e insuficiência renal, pré-edema agudo de pulmão –, diante da existência de indicação expressa dos médicos quanto à necessidade de realização de hemodiálise, que fosse suprida a vontade do filho, Gilberto, que não consentia com o tratamento, ao argumento de que dele decorrem riscos de vida, além de afirmar que era desejo de sua mãe a não submissão a esse tipo de procedimento.

A entidade autora reconhecia a vontade da paciente, bem como a de seu filho, de não realizar o tratamento de hemodiálise, consignando que essas reações eram mesmo compreensíveis, haja vista o grande sofrimento que o procedimento é capaz de produzir não somente no paciente, como também em seus familiares, sem que exista efetivamente uma garantia concreta de trazer melhor qualidade de vida para o enfermo, sobretudo, considerando que a doença em questão é incurável. Entretanto, afirmava que sua legitimidade ativa adviria do fato de que, sem o provimento judicial para autorizar a execução da medida, poderia vir a se dar a sua responsabilização objetiva.

Defendia a apelante que corroborava sua legitimidade o fato de que, em verdade, havia uma divergência familiar quanto à aderência ou não da paciente ao tratamento proposto. Para o filho, como dito antes, a mãe se manifestara no sentido de não desejar a ele se submeter, ao passo que o neto se posicionava de modo oposto, favoravelmente à realização do procedimento. Nesse sentido, foi a manifestação do Ministério Público, opinando favoravelmente ao deferimento da liminar. O Juízo a quo, no entanto, entendeu que a entidade não era parte legítima para exercer o direito de ação, uma vez que é inexistente qualquer ligação entre ela e o objeto do direito afirmado em juízo. Afinal, só é parte legítima para exercer o direito de ação o titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional.

A paciente, naquela ocasião, já não possuía condições de expressar a sua vontade e, inexistindo na decisão qualquer referência à sua interdição, para parcela da doutrina, o caso seria da incidência da chamada “incapacidade natural”, compreendida como a incapacidade de entender e querer daquele que não foi interditado. A situação corresponderia às hipóteses legais previstas respectivamente nos artigos 3º, III e 1767, II do Código Civil (CC 2002), ou seja, a daqueles que, por causa transitória ou duradoura, tornam-se incapazes de exprimir a sua vontade (MEIRELLES; TEIXEIRA, 2002, p. 352).

Admitida a suposta “incapacidade natural” da paciente, sua proteção caberia ao seu representante legal, preferido o mais próximo ao mais remoto. De modo que, a parte legítima para expressar a sua manifestação volitiva seria o filho, e não o neto, nem muito menos a entidade autora/recorrente. Esta, pois, é a linha de raciocínio seguida no julgado em comento.

Interessante destacar, contudo, que, se por ventura o mesmo caso fosse julgado hoje, talvez não tivesse sido esse desfecho. Isso porque, a I Jornada de Direito de Saúde do CNJ aprovou o Enunciado nº 44, pelo qual se entendeu que: “O absolutamente incapaz em risco de morte pode ser obrigado a submeter-se a tratamento médico contra a vontade de seu representante.” Logo, embora sem força de lei, eis aí um enunciado que poderia, sim, ter influenciado nesse decisum, fazendo prevalecer a pretensão da entidade hospitalar apelante, em detrimento da vontade da enferma e de seu representante mais próximo, o filho.

Antes de dar continuidade ao exame das condições da ação, apreciando o interesse de agir da autora/apelante, adentrou o Juízo ad quem em duas questões palpitantes, quais sejam a da ortotanásia e a da distanásia, as quais, no seu entender, consistiam na essência mesma do caso em exame. A primeira delas voltada para assegurar às pessoas uma morte natural, sem interferência

da ciência, afastando sofrimentos inúteis, respeitada a dignidade ínsita ao ser humano. A segunda delas resultando num prolongamento da vida, através de meios artificiais e desproporcionais, por vezes chamada de “obstinação terapêutica” e, tantas outras, de “futilidade médica”.

Destacou-se o giro conceitual ocorrido no art. 57 do Código de Ética Médica após a edição da Resolução do CFM nº 1.805/2006. Antes, havia expressa uma “vedação” para os médicos, de maneira que estavam impedidos de “deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente”. Essa realidade, contudo, mudou, de certo que hoje, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, fica o médico autorizado a limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, salvaguardados, no entanto, os cuidados necessários para aliviar sintomas de sofrimento, em um panorama voltado para “uma assistência integral”, atenta à vontade do paciente ou de seu representante legal⁹¹. Trata-se de uma perspectiva que guarda consonância com a eleição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, III da Constituição Federal), respeitando também o comando constitucional acolhido pelo art. 5º, inciso III, o qual estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

A decisão foi além, aludindo à Lei Estadual nº 10.241/1999, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde, entre outras providências. Esse diploma reconhece ao usuário do serviço de saúde paulista o direito de consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com a adequada informação, os procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados⁹².

Houve, da mesma forma, menção ao projeto de novo Código Penal, que introduz um quarto parágrafo no art. 121 do Código Penal, segundo o qual a “ortotanásia” surge como uma “hipótese de excludente de ilicitude”. Conforme ali legislado, não comete crime aquele que deixa de manter a vida de outrem por meio artificial, se constatada a situação de morte iminente e inevitável, atestada por dois médicos e, desde que o paciente assim tenha consentido ou, impossibilitado de fazê-lo, essa anuência advier de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Admitiu o Tribunal a ocorrência de uma evolução filosófica, sociológica e jurídica no que diz respeito à dignidade humana, que faz repensar o sentido da pura existência artificial do ser humano, fruto do uso de recursos científicos cuja aplicação provoca sofrimento no indivíduo. Nesse sentido, é bom recordar que o princípio da dignidade humana remete à exigência de Kant conforme fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unica-

91 Importante esclarecer que a decisão citou o art. 57 do Código de Ética Médica aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) 1246/2008. Este código foi substituído pela Resolução CFM 1931/2009, onde se deu uma revisão, atualização e ampliação do diploma anterior, como resultado do processo de redemocratização que transformou as relações sociais do país, ao final da década de 80. O atual Código de Ética Médica trouxe um reforço em matéria de autonomia do paciente, tratando também de outros temas, tais como: cuidados paliativos, regras de reprodução assistida, manipulação genética etc. Foi reconhecida a questão da terminalidade da vida humana, além de disciplinada a questão da responsabilidade médica. Especificamente no que tange à autonomia do paciente, em meio aos princípios fundamentais consagrados, no item XXI, foi previsto que o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. No item XXII, registrou-se que, nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. Acerca da responsabilidade profissional, foi trazida expressa vedação ao médico da realização de prática que cause dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Dita responsabilidade médica foi estabelecida como de caráter sempre pessoal, não podendo ser presumida.

92 Esta lei é conhecida como Lei Covas, tanto por ter sido ele o governador que a sancionou, quanto pelo fato de, ele próprio, em seu processo de terminalidade de câncer, ter feito uso desta lei.

mente como um meio”. Logo, todo homem é um fim em si mesmo, cujo valor intrínseco é sua dignidade. Por conseguinte, esta impõe que o ser humano não obedeça à nenhuma lei que não seja instituída por ele próprio. A própria mortalidade surge como condição dessa autonomia legislativa, como condição da dignidade humana (ABBAGNANO, 2000, p. 276).

Salientou o voto do Relator que, segundo a apelante, o grande impasse do caso consistiria no fato de que havia, in casu, uma divergência entre os parentes da paciente, de vez que, para o filho, a vontade dela era a de não se submeter à hemodiálise, ao passo que, para o neto, responsável pela internação, a paciente teria manifestado intenção diversa. Em face disso, a apelante pretendia obter um provimento judicial substitutivo da vontade do filho, a fim de levar a efeito o procedimento em questão na enferma. O interesse da recorrente, nesse contexto, restara claramente demonstrado: o que pretendia não era dar seguimento ao tratamento, por ser esse *conditio sine qua non* a assegurar a sobrevivência de Irene, mas, pelo contrário, um interesse nitidamente patrimonial, qual seja o de se livrar de eventual responsabilidade indenizatória, acaso não desse seguimento ao tratamento.

Entendeu o Tribunal que não poderia o interesse patrimonial se sobrepor a algo tão relevante como a saúde e, sobretudo, a própria vida da paciente. Reportou-se à sentença de primeira instância para dela destacar alguns pontos. Primeiramente, que tanto a Constituição da República quanto o Estatuto do Idoso reconhecem o direito à vida como direito fundamental. Em segundo lugar, que a necessidade de se ponderar hoje dito direito com a dignidade humana, falando-se sim em “vida digna”, leva à ilação de que deve ser tutelada a possibilidade de viver dignamente e, por consequência, sem sofrimentos, decorrentes de tratamentos e doenças, que se revelem tão gravosos, a ponto de virem a ser refutados, de forma consentida. Em terceiro lugar, para afirmar a necessidade de se respeitar a vontade de Irene, sustentada por seu representante mais próximo, o filho, sendo certo que caberia ao neto a prova de que não era efetivamente a vontade de sua avó, o que não ocorreu. Diante disso, ausente a legitimidade ativa por parte da autora recorrente, que, de forma alguma, poderia substituir aquela que teria sido a última vontade de paciente.

Em suma, o que se viu foi que a entidade hospitalar, totalmente desconectada com sua responsabilidade social decorrente sobretudo da natureza do serviço por ela prestado, recorreu ao Judiciário movida por interesses de ordem meramente patrimonial, com a flagrante ausência da atenção relativamente aos direitos fundamentais da paciente e de seus familiares. O cuidado com o aspecto econômico por parte da apelante é tal que ela pretende prosseguir com um tratamento que admite sofrimento para a paciente e seus familiares, podendo, inclusive, ensejar riscos da morte da paciente. O seu descompromisso é, a um só tempo, com a ética e com o direito.

Responsabilidade pela distanásia na saúde suplementar

Situações como a retratada evidenciam que, quando o tema é o cuidado do paciente terminal, por mais perplexidade que isso possa causar, muito comumente, o foco da discussão, que deveria ser o do sentido da vida, os direitos fundamentais e a dignidade humana, é suplantado por interesses de natureza patrimonial. As entidades hospitalares alegam temerem futuros prejuízos econômicos, provenientes de eventual responsabilidade objetiva a elas atribuída, o que justificaria a continuidade da prestação dos serviços de atendimento à saúde, que elas próprias admitem serem inúteis à qualidade de vida do paciente. Além disso, existe o subjacente e escamoteado ganho financeiro decorrente da manutenção dos pacientes em procedimentos de eficácia duvidosa.

De fato, são inúmeros os casos de pessoas atualmente internadas nas Unidades de Tratamento Intensivo e emergências – identificadas como “as modernas catedrais do sofrimento humano”. Pior que isso, paradoxalmente, quanto mais de ponta é a instituição de saúde, tanto mais aparece como possível e “sofisticada” a distanásia (PESSINI, 1996). O sofrimento da morte é prolongado, enquanto o hospital retira dinheiro do plano de saúde, com a conivência dos médicos.

Essa conduta, usual no sistema privado de saúde, viola a dignidade humana (art. 1o, III CF/88) e a solidariedade (reconhecida como um dos objetivos fundamentais da República Brasileira, art. 3o, I CF/88). Atenta-se contra a citada cláusula geral de tutela da pessoa humana, que protegeria, para todos os efeitos, o ser humano de quaisquer lesões ou ameaças à sua personalidade, além de promover seu desenvolvimento digno (art. 1o, III; art. 3o, I; art. 5o, parágrafo 2º CF/88). Afrontam-se diversos outros dispositivos constitucionais, especialmente aqueles atinentes à vida e à saúde (art. 5o, 6º e 196, CF/88), direitos direta e imediatamente aplicáveis às relações jurídicas, inclusive as privadas, nas quais aparecem de forma eficaz e passíveis de serem exigidos concretamente (SARLET, 2003, p. 315-316).

Direitos sociais, como o da saúde, devem ser respeitados tanto em sua dimensão defensiva quanto na prestacional, como condições inarredáveis para o alcance efetivo de sua eficácia horizontal no plano concreto. A título explicativo, elucida-se que a dimensão defensiva envolve a abstenção de práticas que importem em lesão ou ameaça do bem tutelado (no caso, a saúde). Por sua vez, a dimensão prestacional determina o respeito a “deveres comissivos atribuídos ao pólo passivo da relação jusfundamental” (SARMENTO, 2004, p. 335).

Incontestável que a personalidade humana é um interesse juridicamente tutelado (PERLINGIERI, 2008, p. 766). Logo, no caso, se a paciente Irene se manifestou no sentido da não submissão à hemodiálise, forçar o procedimento implicaria afronta à sua personalidade, causando dano injusto. Nisso, são juridicamente relevantes todas as situações protegidas pelo ordenamento jurídico, para fins de realização do ser humano, tanto em termos positivos quanto fisiológicos. Além disso, aduz-se que a pessoa humana não se realiza só via direitos fundamentais, mas também por toda uma complexidade de situações subjetivas que englobam poderes jurídicos, interesses legítimos, direitos subjetivos, faculdades, etc. E mais, a tutela da pessoa, aliás, nem deve mesmo se limitar à questão do ressarcimento dos danos, cumpre prevenir eventuais ameaças de lesão e, ainda, se pensar em condutas proativas para a promoção do desenvolvimento digno do indivíduo (PERLINGIERI, 2008, p. 767).

Assim, tradicionalmente, sempre foi a responsabilidade de se assegurar a reparação dos danos, o que, entretanto, com o passar do tempo, passou a ser criticado por ampla corrente doutrinária. Novas funções foram propostas, em meio as quais estão: a) a dissuasão de comportamentos incorretos e danosos; b) a de prevenção (VINEY, 2008, p. 54). Com isso, espera-se que, denunciada a prática da distanásia na saúde particular, consiga-se, em alguma medida, servir para dissuadir a continuidade desse comportamento execrável e ilícito.

Considerações finais

Em matéria conclusiva, urge destacar os objetivos alcançados fruto da investigação realizada, para fins de construção deste trabalho. Comece-se, por conseguinte, por dizer que o artigo permitiu denunciar a prática abusiva que vem ocorrendo corriqueiramente na saúde privada, a pretexto de salvar a vida dos pacientes em estágio terminal, momento em que a distanásia apa-

rece como se fosse um procedimento regular, no cumprimento do dever legal de salvaguardar a vida do enfermo, em estado de necessidade.

Com isso, restou evidenciado (por análise jurisprudencial) que, embora a situação devesse ser debatida em chave de leitura constitucionalizada, com atenção aos direitos fundamentais envolvidos no contexto, a preocupação que predomina é a relativa aos interesses de ordem econômica. Pior que isto, o que leva entidades hospitalares a ajuizarem pleitos em juízo, por trás das alegações trazidas, da suposta necessidade de uso de todo um maquinário de monitoramento das funções vitais do paciente, de sua permanência no CTI, entre tantos outros procedimentos correlatos e voltados para o fim de postergar ao máximo a vida, ainda que ausentes as chances de cura do indivíduo e desproporcionais as medidas tomadas relativamente às necessidades pessoais do enfermo, há um alto custo para os planos de saúde e, conseqüente um elevado ganho para os hospitais, que persistem com a prática visando o lucro, com a conivência dos médicos. Inequívoca, portanto, a ilicitude desses atos, mas também os danos injustos deles decorrentes, o nexo de causalidade entre estes e o comportamento nocivo existente no âmbito do sistema privado de saúde.

Confirmou-se que a imposição de tratamento penoso ao paciente terminal, desproporcional e destituído da finalidade de reconduzi-lo a uma qualidade de vida digna, implica dano à pessoa humana, não afastada o cabimento de pretensão com vistas ao ressarcimento de danos patrimoniais. Nesse sentido, para fins de fundamentação do entendimento de que a distanásia engloba atitudes desumanas e cruéis, foi examinada a pertinência da tese pela qual se defende que o doente terminal possui uma “autonomia corporal”, que deve ser respeitada. Para tanto, acentuou-se que dita tese tem por premissa o fato de que o “doente está no domínio de seu corpo”. Assim, para tais casos, esse posicionamento condicionaria a validade dos atos de disposição da saúde e do corpo (como aqueles que elegem ou refutam um tratamento de saúde) à presença do consentimento livre e informado do paciente. A esse respeito, ousou-se divergir da aludida tese e apontar o fato de que, em dadas circunstâncias concretas, “a pessoa efetivamente não detém o controle de sua autonomia corporal e saúde” e, para piorar a situação, sem que tenha ela realizado qualquer manifestação volitiva, nem mesmo possua condições de entender as informações que lhe estão sendo informadas acerca do tratamento ofertado. Enfrentou-se, em decorrência disso, o tema de quais seriam os critérios apropriados para se decidir sobre o cabimento ou não de determinado tratamento em um paciente. Concluiu-se, em linhas gerais, que ditos critérios, tais como o do discernimento e o da capacidade de expressão de uma manifestação volitiva, são rígidos e inadequados para servir a decisão de tamanha relevância para uma pessoa. Foram sugeridos critérios vários, mais flexíveis e passíveis e obter o melhor cuidado relativamente às necessidades pessoais do paciente.

À guisa de conclusão, frisa-se ainda que o debate atinente à verificação da ocorrência ou não da distanásia diz respeito a tema da maior relevância – tais como a vida, a saúde, a integridade psicofísica, o corpo, a morte, a intimidade, a privacidade, a imagem atributo, a honra subjetiva, a autonomia privada – às chamadas autonomia corporal, mental, podendo-se falar até de uma autonomia volitiva, entre outras questões, que não podem ser lidas senão sob o manto da dignidade humana. Por tais razões, dada a inequívoca presença de situações envolvendo, tanto a lesão e a ameaça de direitos fundamentais quanto a não promoção do desenvolvimento digno da personalidade humana, certo é que tais casos não podem continuar excluídos da necessária apreciação

do Poder Judiciário (art. 5o, XXXV, Constituição Federal de 1988), que deverá atuar no sentido de tomar as providências cabíveis à constatação dos danos injustos cometidos. Logo, o correto é que, caso a caso, os magistrados venham se incumbindo de enfrentar esses acontecimentos sociais, que enfeixam muito mais do que a denominada “autonomia corporal” e a condição de saúde do enfermo, na relação médico-paciente, no ambiente hospitalar conveniado a um plano de saúde. Trata-se de verdadeira confrontação entre temáticas que superam situações de ordem patrimonial, adentrando em interesses existenciais da pessoa humana. Nesse passo, será preciso lidar com casos de conflitos de normas e direitos constitucionalmente consagrados. Consistirá num trabalho de ponderação de interesses, cuja solução deverá considerar aqueles que melhor sirvam à concretização da dignidade humana, principal paradigma axiológico constitucional vigente.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ASCENSÃO, José Oliveira. A terminalidade da vida. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 155-178.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (Org.). Vida, morte e dignidade humana. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 31-49.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual ao final da vida. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-morte-como-ela-e-dignidade-e-autonomia-individual-no-final-da-vida>>. Acesso em: 27 nov. 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. [Site oficial]. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 22 nov. 2014.
- _____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível n. 70042509562. Apelante: Gilberto Oliveira de Freitas. Apelado: Guilherme Da Silva Benites. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 01 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=manten%C3%A7a+artificial+de+vida&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&asqj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 21 nov. 2014.
- _____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1º de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 21 nov. 2014.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). [Site oficial]. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 24 nov. 2014.
- _____. [Site oficial]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28564-jornada-aprova-45-enunciados-para-auxiliar-em-decisoes-da-justica-na-area-da-saude>> Acesso em: 22 nov. 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Direito à vida e liberdade para morrer. In: CAMPOS, Diogo Leite

- de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Org.). Pessoa humana e direito. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39-46.
- DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JACOB FILHO, Wilson; CHIBA, Toshio. Atendimento Multidisciplinar. In: CARVALHO FILHO, Eurico Thomaz; PALALÉO NETTO, Matheus (Orgs.). Geriatria: fundamentos, clínica e terapêutica. São Paulo: Atheneu, 2000. p. 399-415.
- JUNGES, José Roque. A eutanásia e o direito à morte digna. In: _____. Bioética: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 171-186.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de tratamento: um olhar jurídico sobre a Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf> Acesso em: 27 nov. 2014.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (Org.). Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 347-377.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. [Site oficial]. Disponível em: <<http://www.paho.org/bra/>>. Acesso em: 24 nov. 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PESSINI, Léo. Distanásia: até quando investir sem agredir? Revista Bioética, v. 4, n. 1, 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394/357>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SIDOU, J. M. Othon. Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23-54.
- VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 42-56.

PERFIL DINÂMICO DA INVALIDIDADE NEGOCIAL

*Eduardo Nunes de Souza*⁹³

Introdução

A releitura dos institutos de direito privado à luz dos valores do ordenamento tem sido promovida, nas últimas duas décadas, pela escola do direito civil-constitucional, tendo esta logrado lançar novas luzes sobre temas tão variados quanto a teoria das situações jurídicas subjetivas e das titularidades, a teoria geral das obrigações, a responsabilidade civil, a teoria dos bens ou o direito de família. Propõe-se estender essa metodologia, no presente momento, também ao estudo da invalidade do negócio jurídico⁹⁴. O processo já tem sido feito, de modo assistemático, primordialmente pelos tribunais e, secundariamente, também na literatura jurídica. Cabe, porém, à doutrina cumprir seu papel de orientar o trabalho jurisprudencial, oferecendo ao julgador instrumentos mais seguros e eficazes para dosar o merecimento de tutela do ato negocial e, diante dos atos inválidos, modular funcionalmente seus efeitos.

A tarefa revela-se tão complexa quanto a própria autonomia privada, e tão duradoura quanto a própria ordem jurídica: trata-se, afinal, do constante esforço de adaptação do direito a uma realidade social cada vez mais diversificada – esforço que se tem operacionalizado, atualmente, pela releitura das normas jurídicas à luz dos valores e princípios do ordenamento. No patamar máximo de tais valores, coloca-se a dignidade humana, a cuja tutela funcionalizam-se todos os institutos do ordenamento jurídico, aí incluídos não apenas os interesses existenciais como também os patrimoniais.

Entre pessoa e mercado, a lacuna poderia ser imensurável; preenche-se, porém, a partir do esforço do intérprete, ao garantir que a aplicação da norma sempre promova ou, no mínimo, proteja o livre desenvolvimento das personalidades das partes envolvidas em cada relação sub judice, tutelando-se assim, mediata ou imediatamente, a pessoa humana em todas as situações e, particularmente, na medida de sua vulnerabilidade concreta. Nesse sentido, também o regime das invalidades negociais, aparentemente neutras – e, na verdade, quase cartesianas em sua aplicação –, deve sujeitar-se a essa perspectiva, dinâmica e funcional, orientada pela axiologia do ordenamento.

Os chamados planos de análise da eficácia negocial

Difundiu-se, nas últimas décadas, construção dogmática, bastante atrativa do ponto de vista didático, acerca da teoria geral dos negócios jurídicos. Trata-se dos chamados planos do negócio jurídico, matéria em que usualmente se faz referência a Pontes de Miranda – autor a cujo gênio atribui-se a popularização desta e de tantas outras formulações indissociáveis da história

⁹³ Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor contratado dos cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁹⁴ Pereira (2011, p. 541-542) reconhecia o valor da teoria clássica das nulidades, mas recomendava “bom senso” em sua aplicação: “se falta absoluto rigor à teoria clássica, nenhuma outra foi encontrada, estabelecida ou esboçada para substituí-la, e, pois, o que se deve ter presente é que os conceitos tradicionais ainda são e devem ter-se por constitutivos de um sistema conveniente. Tem dado bons resultados, bastando comedimento e bom senso na sua aplicação”.

do direito brasileiro. De acordo com essa teoria, de raízes romanas, mas efetivamente forjada no século XIX (quando Zachariae forjou a noção de atos inexistentes), os negócios devem primeiramente ter averiguada sua existência (vale dizer, ostentar seus elementos constitutivos essenciais) para que, em seguida, seja possível analisar sua validade (capacidade para a produção de efeitos) e, posteriormente, sua eficácia (presença de todos os fatores externos necessários e ausência de óbices para a efetiva produção de efeitos)⁹⁵.

A prática jurisprudencial e as opções legislativas, contudo, distanciaram-se pouco a pouco de muitas soluções propostas pela teoria dos planos de análise do negócio jurídico – no que foram seguidas (e, por vezes, precedidas) pela própria doutrina. Com efeito, embora atraentes por seu caráter eminentemente prático, os degraus da escala, quase cartesianos em sua precisão⁹⁶, pareciam não explicar um sem-número de situações nas quais se mostrava razoável sustentar a eficácia (plena ou parcial) ou a ineficácia do negócio jurídico, ao arripio de maiores considerações quanto à sua existência ou validade. Submergiu-se, desse modo, em um oceano de exceções à regra, de soluções ad hoc propostas pelo legislador ou pelo juiz à luz de *fattispecie* específicas, ao argumento de que uma disciplina diversa violaria a lógica jurídica ou os próprios valores do ordenamento⁹⁷. Diante das várias exceções à regra criadas ao longo do tempo, a doutrina passou a afirmar que, se houvesse uma única matéria cuja disciplina pudesse pôr em xeque o caráter sistemático do direito civil, ela seria a teoria das invalidades⁹⁸.

Uma das prováveis causas desse descompasso consiste na aparente impermeabilidade da teoria dos planos negociais à análise funcional dos institutos jurídicos, procedimento metodológico que tem sido responsável pela reunificação e reconstrução do sistema do direito civil à luz da tábua axiológica constitucional⁹⁹. Analisar qualquer instituto pelo prisma de sua função significa levar em conta seu aspecto dinâmico, consubstanciado nos efeitos jurídicos dele decorrentes e na

95 Assim define Pontes de Miranda (1970, p. 6-7): “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não há de se afirmar nem de se negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, não há nada que possa ser válido ou inválido. [...] Os fatos jurídicos, inclusive os atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes”.

96 A demonstrar o apreço da doutrina por tal facilidade didática, Azevedo (2002, p. 25): “o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas”.

97 A respeito do crescimento em importância das exceções à teoria clássica das invalidades, afirma Perlingieri (2008, p. 373-374): “É indicativa a radical mudança de postura realizada nos últimos anos em relação às patologias negociais. Da contraposição nítida entre as figuras de nulidade e anulabilidade passou-se, pouco a pouco, a atribuir relevância às exceções: assim, a nulidade não é apenas absoluta, mas relativa; não é apenas total, mas parcial; determinam-se, além disso, razões para derogar a disciplina da anulabilidade”.

98 Sobre as dificuldades de sistematização da matéria, v. Pereira (2011, p. 540-541): “As regras gerais que estruturam a teoria da ineficácia do negócio jurídico, não só pelo caráter genérico de sua normação, como ainda por se situarem na Parte Geral do Código Civil, devendo, naturalmente, projetar-se por todas as províncias juscivilísticas, teriam de compor um sistema de princípios sempre certos. No entanto, isto não ocorre. Ao contrário, vigora largo ilogismo na aplicação, bastando recordar que em matéria de casamento são tantas as exceções consagradas que quase diríamos haver uma teoria especial de nulidade neste terreno”. Cf., ainda, Francisco Amaral (2006, p. 510): “Essa construção teórica [...] ressent-se hoje da impossibilidade de uma perfeita sistematização, capaz de fixar a matéria em algumas regras gerais que proporcionem ao intérprete segura orientação, dada a multiplicidade de normas limitadoras da autonomia privada, o que dificulta a fixação de princípios comuns”.

99 A necessidade da análise funcional é enfatizada por Perlingieri (2008, p. 358-359): “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial”.

conformidade desses efeitos com os valores e interesses que o ordenamento considera merecedores de tutela¹⁰⁰. Curiosamente, a matéria que tem ao menos um terço de sua teoria construída em torno da “eficácia” (portanto, em tese, de seu aspecto mais dinâmico) não recebeu ainda, por parte da doutrina, uma análise funcional mais detida.

Entre outros fatores, isso se deve à natureza tradicionalmente estática da doutrina das nulidades¹⁰¹ – núcleo teórico dos planos de análise do negócio jurídico (figurando a existência como pressuposto para a validade do negócio, e dependendo a eficácia, em tese, diretamente dessa validade). Com efeito, as nulidades sempre se mostraram atreladas ao perfil estrutural do negócio¹⁰². Foram previstas, originalmente, sob um princípio da legalidade estrita, taxativamente listadas por lei conforme faltassem certos requisitos à vontade, ao objeto ou à forma negociais¹⁰³. Como se percebe, o mecanismo não abria margem à consideração de valores ou interesses no caso concreto, capazes de modular os efeitos negociais. *Tertium non datur*: ou bem o negócio preenchia todos os requisitos e estava apto a produzir efeitos, ou lhe faltava algum requisito e se lhe negava eficácia. A popularidade da teoria decorreu justamente dessa objetividade.

Em sua origem, porém, a teoria das nulidades traduz grande preocupação valorativa. Não por acaso, afirma-se ainda nos dias atuais que a nulidade configura vício tão grave, caracterizado por violação à ordem pública, que daí decorreria necessariamente a mais severa das sanções que o negócio poderia receber – sua completa ineficácia¹⁰⁴. O ordenamento não poderia admitir a produção de efeitos por um ato frontalmente contrário a ele. Trata-se, contudo, de juízo valorativo cristalizado na taxatividade legal – em outros termos, uma valoração a priori, imutável na lei, o que levou a doutrina a identificar hipóteses em que a teoria das nulidades não explicava satisfatoriamente os efeitos que deveriam decorrer de certos negócios inválidos, sob pena de se produzirem injustiças tão severas quanto aquelas que se pretendia evitar propondo-se sua absoluta ineficácia¹⁰⁵. De fato, partindo-se do pressuposto de que o direito apenas se materializa à luz do caso concreto¹⁰⁶, a ponderação abstratamente feita pelo legislador jamais poderia figurar como parâmetro único para indicar quais efeitos podem ser considerados merecedores de tutela em cada negócio jurídico, constituindo tão somente o ponto de partida de uma análise que – como se sustenta atualmente – deve, necessariamente, ser concluída pelo julgador.

100 Pietro Perlingieri (2005, p. 8) ressalta a importância da funcionalização dos institutos para a promoção dos valores do ordenamento.

101 O termo “teoria das nulidades” costuma ser empregado em sentido lato, para abranger todas as invalidades do negócio jurídico. A respeito, v., dentre outros: Amaral (2006, p. 510); Pereira (2011, p. 540).

102 Afirma-se sobre a invalidade do negócio jurídico “que a sua configuração vai prender-se à sua estrutura” (PEREIRA, 2011, p. 528).

103 A doutrina evoluiu para admitir, além das nulidades textuais, as chamadas “nulidades virtuais”, decorrentes de ato que viole disposição legal. Nesse sentido, Pereira (2011, p. 529-530): “Nem sempre, contudo, [a nulidade] se acha declarada na própria lei. Às vezes, esta enuncia o princípio, imperativo ou proibitivo, cominando a pena específica ao transgressor, e, então, diz-se que a nulidade é expressa ou textual; outras vezes, a lei proíbe o ato ou estipula a sua validade na dependência de certos requisitos, e, se é ofendida, existe igualmente nulidade, que se dirá implícita ou virtual”. No entanto, prossegue o autor, pode-se afirmar a legalidade das nulidades: “toda nulidade há de provir da lei, expressa ou virtualmente” (o.l.u.c.). Na doutrina francesa, aduziam Aubry e Rau (1869, p. 120) que as nulidades decorriam “de l’esprit de la loi”; em se tratando de leis atinentes à ordem pública ou aos bons costumes, o descumprimento de certo requisito sempre acarretaria nulidade, ao passo que, em leis dispendo sobre interesses privados, cumpriria investigar se a formalidade exigida era indispensável à consecução do interesse pretendido. Distinguem-se, assim, as nulidades textuais das virtuais.

104 V., por todos, Rodrigues (2002, p. 285).

105 Embora distante do juízo de merecimento de tutela proposto pela metodologia civil-constitucional, Valle Ferreira (1963, p. 30) já aludia a valores juridicamente relevantes ao indicar o caráter “equitativo” dessa flexibilização das nulidades, “abrandadas por uma questão de oportunidade, quando o legislador, mais empenhado na composição dos interesses humanos, quis reduzir as consequências lógicas daquele princípio para, por motivo de utilidade pública, admitir a possibilidade de uma sanção mais ou menos enérgica, segundo a maior ou menor importância da norma então contrariada”.

106 Trata-se da noção de ordenamento do caso concreto, conforme a lição de Pietro Perlingieri (2007, p. 297).

A ineficácia dos atos nulos foi, desse modo, progressivamente relativizada. Exemplo desse processo foi a formulação da máxima segundo a qual não há nulidade sem prejuízo, consagrada pela doutrina francesa – a mesma que difundira a teoria escalonada dos planos de análise do negócio. Embora, em princípio¹⁰⁷, não tenha sido adotada pelo ordenamento brasileiro (que fincou seus alicerces mais na noção de ordem pública do que na noção de prejuízo)¹⁰⁸, a regra buscou balizar a possibilidade de invalidação de negócios que, embora formalmente nulos, não representassem, afinal, ameaça à ordem jurídica, e fossem queridos por ambas as partes. A seu turno, a doutrina da anulabilidade, que delegou à vontade das partes a iniciativa para a invalidação do ato e negou retroatividade a essa invalidação, constituiu outra mitigação ao que tradicionalmente se denominava ineficácia “de pleno direito” dos atos nulos (FERREIRA, 1963, p. 31-32), criando, porém, um novo problema: como tratar os efeitos produzidos pelo negócio no lapso de tempo entre sua celebração e o pedido de anulação?

A própria concepção do plano da existência pode ser atribuída ao rigor decorrente da previsão taxativa de hipóteses de nulidade pela lei. De fato, a simples noção de um ato jurídico inexistente revela-se, de certa forma, contraditória com a natureza deontológica da ciência jurídica¹⁰⁹, uma vez que não assiste ao direito reconhecer a existência de certo fato material, mas sim lhe atribuir ou negar efeitos na esfera jurídica. O contrassenso em um conceito “jurídico” de (in) existência já era notado pela doutrina tradicional do direito civil¹¹⁰, e a contradição sobressai ainda mais à luz da civilística contemporânea – que, ao considerar juridicamente relevantes todos os atos humanos (embora muitos deles, não destinados à produção específica de efeitos, constituam mero exercício de liberdades asseguradas pelo direito)¹¹¹, não admite que o ordenamento feche os olhos a determinado ato negocial, como se simplesmente “não existisse”.

O conceito de inexistência, para alguns autores uma verdadeira ficção jurídica¹¹², desenvol-

107 Dantas (2001, p. 280-281) admitia a regra do prejuízo como princípio subsidiário da teoria das nulidades no direito brasileiro: “Diziam, então, os velhos juristas franceses: não há nulidade sem prejuízo – pas de nullité sans grief –; e esta regra, tomada como um sentido absoluto, tem mesmo prejudicado a disciplina das nulidades, porque há casos que temos nulidade mesmo sem prejuízo – são os casos em que, evidentemente, o requisito, a exigência, a solenidade foi posta na lei por um critério de ordem pública. Vê-se, portanto, que temos dois critérios que precisam ser considerados: o critério do prejuízo e o critério da ordem pública”.

108 Afirmando que o princípio do prejuízo não foi adotado pelo legislador brasileiro, Pereira (2011, p. 530): “Na construção da teoria da nulidade, desprezou o legislador brasileiro o critério do prejuízo, recusando o princípio que o velho direito francês enunciava – pas de nullité sans grief. Inspirou-se, ao revés, no princípio do respeito à ordem pública, assentando as regras definidoras da nulidade na infração de leis que têm esse caráter [...]”.

109 Eminentemente vozes, porém, chegam ao ponto de aplicar ao Direito lógica idêntica à das ciências naturais. V., por exemplo, Garcez (1997, p. 13): “Uma lei natural preside à formação dos corpos, tanto no mundo físico quanto no mundo jurídico. Os contratos são corpos jurídicos, disse Ihering. [...] Ora, para que o ato jurídico se forme e possa ter existência, é preciso que ele reúna um certo número de elementos orgânicos e vitais”. Com idêntica construção, Lopes (1996, p. 504).

110 Sentencia Pereira (2011, p. 541): “a teoria do ato inexistente é uma quebra de sistemática”.

111 Trata-se de pressuposto da escola civil-constitucional, conforme ensina Perlingieri (2008, p. 638-640): “O fato concreto é sempre juridicamente relevante; nem sempre, todavia, a norma lhe atribui efeitos jurídicos individualizáveis de modo específico e determinado [...] os chamados fatos ‘juridicamente irrelevantes’, na verdade, ou são fatos relevantes (como o exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos”.

112 Relata Pereira (2011, p. 542): “Imaginada por Zachariae, aceita por Demolombe, divulgada por Aubry e Rau, desenvolvida pelas doutrinas francesa e italiana, encontra geral e boa acolhida a teoria da inexistência. Boa, porém não pacífica, pois há quem defenda a sua desnecessidade ou declare a distinção mera sutileza bizantina, e quem se planteie na recusa aos seus méritos científicos, raciocinando que a própria expressão ato inexistente não passa de uma contraditório in adiectio, por ver que o ato pressupõe a existência de algo, e a inexistência é a sua negação”. Parte da doutrina, porém, rejeita o termo “inexistência” apenas para conferir idêntico conceito à noção de nulidade. Exemplificativamente, Garcez (1997, p. 14): “Nós não temos necessidade de recorrer à categoria de atos inexistentes [...] porque temos a expressão nulos de pleno direito, que traduz em nosso direito o mesmo que a palavra inexistente no direito francês”. No mesmo sentido, Espínola (1932, p. 146).

veu-se à sombra da teoria das nulidades¹¹³, via de regra como forma mais flexível¹¹⁴ de justificar a ineficácia de certos atos que, embora plenamente válidos à luz dos requisitos legais, ainda assim contrariavam algum valor juridicamente relevante – de tal modo que a doutrina e, a seu turno, a jurisprudência optaram por buscar outra fundamentação para a sua não produção de efeitos. Não por acaso, as primeiras discussões quanto aos negócios inexistentes surgiram no âmbito do direito de família, seara mais diretamente influenciada por questões morais. Diante de uma teoria das nulidades formal e estruturalista, foi necessário buscar na noção de inexistência o fundamento para negar eficácia a atos negativamente apreciados pelo pensamento jurídico da época, como o casamento do mesmo sexo ou aquele celebrado por autoridade absolutamente incompetente (ESPÍNDOLA, 1932, p. 145-154).

A inexistência caracteriza-se, classicamente, pela ausência de um dos elementos essenciais do ato¹¹⁵ – um recurso à clássica teoria dos *essentialia*, herdada da escolástica medieval, que classificava os elementos do negócio jurídico como “essenciais” ao tipo negocial (*essentialia negotii*), “naturais” (*naturalia negotii*) ou “acidentais” (*accidentalialia negotii*)¹¹⁶. Trata-se de teoria cunhada muitos séculos antes do conceito moderno de inexistência e dos planos do negócio jurídico¹¹⁷. A aproximação entre a teoria dos *essentialia* e os planos de análise do negócio jurídico resultou em construções de todo artificiais: no exemplo do casamento entre pessoas do mesmo sexo¹¹⁸ e do casamento putativo¹¹⁹, afirmava-se que faltaria um dos agentes necessários ao ato (respectivamente, o nubente e o próprio celebrante); na hipótese, mais contemporânea, de certo ato societário realizado por sócio sem poderes de representação, o negócio também careceria do elemento

113 Reconhece Beviláqua (1980, p. 258-259) que “a transição entre o ato nulo e o inexistente é suave; desliza a mente de um para o outro como que insensivelmente; não obstante, a distinção é real, porque o primeiro sofre de um vício essencial, que o desorganiza e desfaz: é um enfermo condenado à morte; o outro não tem existência jurídica; será, quando muito, a sombra de um ato, que se desvanece”.

114 A vantagem dessa flexibilidade é registrada por Planiol e Ripert (1952, p. 134): “La théorie a été présentée pour la première fois par Zachariae; elle a été depuis lors acceptée par tous les auteurs, heureux de trouver en elle un moyen de sortir d’embarras et d’annuler des mariages sans texte”. Com efeito, a teoria dos atos inexistentes não depende de previsão legal, podendo ser aplicada, por exemplo, em matérias que não admitem as nulidades virtuais, como o casamento; nem depende, tampouco, de declaração judicial, embora se admita provimento judicial com o fulcro de se desfazer mera aparência de ato (v. PEREIRA, 2011, p. 544). Ademais, “o negócio jurídico inexistente, por não ingressar no mundo do direito, pode ser impugnado (rectius: ter reconhecida a sua inexistência) a qualquer tempo, não lhe sendo oponíveis a convalidação ou o esgotamento do prazo prescricional, que poderiam ser invocados em face do negócio jurídico inválido” (TEPEDINO, 2011a, p. 581).

115 Atribui-se a Aubry e Rau (1869, p. 119) a difusão do conceito de atos inexistentes (também chamados *actes non avenues*) na França, seguindo a doutrina de Zachariae.

116 Sobre tais elementos, v. Ráo (1981, p. 97): “Antigo sistema de classificação dos componentes dos atos jurídicos parte da noção filosófica de elementos, ou seja, das partes que, em seu todo, formam ou constituem as coisas materiais, aplicando esta noção, analogicamente, às coisas imateriais. E os elementos distingue em essenciais (genéricos e específicos), naturais e acidentais. [...] Essenciais dos atos jurídicos são, pois, os elementos que os compõem, qualificam e distinguem dos demais atos, elementos, isto é, sem os quais ou sem alguns dos quais aqueles atos não se formam, nem se aperfeiçoam”. Cf., ainda, Amaral (2006, p. 384).

117 Pondera Pereira (2011, p. 542): “Inútil será, por outro lado, tentar a filiação dogmática da doutrina à teoria romana das nulidades, pois que em verdade o direito romano não a conheceu”. O direito romano, de fato, não aludia nem aos atos inexistentes, nem aos atos anuláveis, referindo-se a ambos como “atos inúteis” (P. WETTER, 1909, p. 267). Não existe, assim, correspondência entre a teoria dos *essentialia*, extraída pela escolástica medieval das fontes romanas, e os planos do negócio jurídico; com efeito, há autores, como Betti (2008, p. 663-664), que associam os elementos essenciais, não à existência, mas à validade do negócio.

118 Exemplo parcialmente superado nos dias de hoje, depois que o STF (ADIn 4.277/DF e ADPF 123/RJ, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011; RE 477.554/MG, 2ª T., Rel. Min. Celso de Melo, julg. 16.8.2011) reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, segundo parte da doutrina passíveis de conversão em casamento (v., por todos, DIAS, 2011, p. 1.047).

119 Exemplo igualmente modificado na atualidade, vez que o Código Civil reconhece a produção de efeitos ao casamento putativo em nome da proteção do cônjuge e dos filhos de boa-fé: “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. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

subjetivo¹²⁰, e assim por diante.

No direito atual, a noção de inexistência, de cunho muito mais ontológico que deontológico, somente pode ser concebida no âmbito jurídico como espécie de invalidade do negócio, vale dizer, justificativa formal para a não produção de efeitos, embora apresente configuração menos rígida que a nulidade. Não se verifica, desse modo, qualquer escalonamento procedimental entre os planos da validade e da existência, identificando-se, em vez disso, tão somente a recusa do ordenamento a esse reconhecimento de efeitos, tanto na inexistência quanto na invalidade. Essa recusa pode se apresentar mais ou menos severa em face dos efeitos pretendidos pelo ato de autonomia privada, e ainda pode se configurar a partir de requisitos mais ou menos rígidos, conforme se trate de uma hipótese de inexistência, de nulidade ou de anulabilidade, mas sempre se estará diante de uma invalidade negocial¹²¹,

Crítica aos planos tradicionais de análise

Consideradas em seu conjunto, as invalidades do negócio jurídico sempre trouxeram mais insegurança do que certeza à doutrina. De fato, o tema tornou-se célebre pelas dificuldades que apresenta ao intérprete e pela insuficiência teórica para o tratamento de todas as hipóteses de negócios inválidos, encontrando-se, entre os mais diversos autores, referências à difícil sistematização da teoria das nulidades¹²². Em célebre página, Clóvis Beviláqua (1980, p. 254-255) reconhecia que a falta de nitidez dos dispositivos legais e a ausência de princípios gerais acabaram por conferir à matéria “um aspecto particularmente rebarbativo”.

Especial motivo de incerteza reside no fato de que diversas espécies negociais, em tese imperfeitas, tornaram-se tão frequentes, e seus efeitos se revelaram tão legítimos aos olhos da sociedade¹²³, que boa parte da doutrina passou a defender sua eficácia, embora com controversa justificativa. Exemplo clássico são os negócios celebrados por incapazes, corriqueiros na vida social (tais como pequenos contratos de transporte ou de compra e venda) e, por isso, considerados plenamente eficazes, embora desafiem frontalmente a teoria das incapacidades, segundo a qual restaria deflagrada sua nulidade (na hipótese de absolutamente incapaz sem representação) ou

120 “Direito Civil. Alienação de imóvel pertencente a sociedade em instrumento firmado por um dos sócios. Estatutos que preveem a representação da sociedade por seus dois sócios em conjunto. Ausência de consentimento da alienante. Vontade que somente se forma quando os dois sócios a exprimem em conjunto. Aplicação da teoria do ato inexistente. [...]” (STJ, REsp. 115.966, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 17.2.2000).

121 Sustenta a ideia de graus de invalidade, englobando também a inexistência, dentre outros, Pereira (2011, p. 528): “Variando as determinações e exigências da lei, com elas varia o grau de ineficácia, que pode atingir a imperfeição, ou não, como pode abraçar a integridade do ato ou apenas uma parte dele. Segundo estas oscilações há três categorias de atos inválidos [...]: uma primeira, referente à sua nulidade, quando em grau mais sensível o ordenamento é ferido, sendo maior e, ipso facto, mais violenta, a reação; uma segunda, anulabilidade, cuja estrutura se prende a uma desconformidade que a própria lei considera menos grave, motivadora de uma reação menos extrema; e a terceira, inexistência, em que se verifica a ausência de elementos constitutivos do negócio jurídico, de tal forma que não se chega a formar”. Contra, v. Azevedo (2002, p. 63): “Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um tertium genus de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável”.

122 Ilustrativamente, Ferreira (1963, p. 29): “São por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais completo das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em consequência da opinião divergente dos autores. Estes, além de variarem na linguagem e na inteligência dos textos que examinam, quase sempre se prendem a fatos de outros tempos, ou a circunstâncias de outros lugares”. As dificuldades começam pela terminologia, assaz confusa na doutrina francesa, de onde o direito brasileiro recebeu sua mais forte influência na matéria. Assim, por exemplo, Demolombe equiparava os atos inexistentes aos nulos; Laurent, por sua vez, assimilava nulos e anuláveis, e chamava de inexistentes os atos nulos de pleno direito (BEVILÁQUA, 1980, p. 256).

123 Admite-se, em geral, que as invalidades constituem reação da sociedade à violação de um interesse juridicamente relevante. Assim se pronuncia Rodrigues (2002, p. 285): “Não raro o ato tem uma finalidade que colide com a ordem pública, ou que machuca a ideia de moral social ou de bons costumes. É um interesse público que é lesado; por conseguinte, a própria sociedade reage, e reage violentamente, fulminando de nulidade o ato que a vulnerou”.

anulabilidade (em se tratando de relativamente incapaz não assistido)¹²⁴.

A doutrina dos comportamentos socialmente típicos, de matriz tedesca, ao menos na formulação iniciada por Günther Haupt e desenvolvida por Karl Larenz (2006), negou que tais hipóteses assumissem natureza de negócio jurídico¹²⁵, assim tentando resolver o problema gerado por sua produção de efeitos – incompatível com a nulidade que, em tese, macularia ab initio os atos dos incapazes¹²⁶. Além de pouco difundida, porém, essa teoria precisou admitir que, embora não negociais, tais atos ainda estavam abarcados no âmbito da autonomia privada¹²⁷. Dito de outro modo, são atos estruturalmente idênticos aos negócios jurídicos, classificados, contudo, diversamente pelo fato de não se coadunarem com os rígidos requisitos exigidos da vontade negocial e com os casos de invalidade daí decorrentes (por exemplo, as hipóteses de incapacidade do agente ou de vícios do consentimento).

Muitas outras hipóteses de eficácia de atos nulos têm sido admitidas no direito civil contemporâneo¹²⁸, de tal modo que a própria distinção entre nulidade e anulabilidade já se propõe parcialmente superada por alguns autores¹²⁹, que, ao conferirem interpretação ampla ao art. 182 do Código Civil, reconhecem efeitos ex tunc tanto à sentença declaratória de nulidade quanto à sentença anulatória¹³⁰, alegando como justificativa não apenas o próprio texto legal, mas também uma série de hipóteses nas quais a conservação dos efeitos do ato não seria razoável (tais como os atos decorrentes de defeitos do negócio, nos quais seria inadmissível a preservação dos efeitos que já tenham sido produzidos)¹³¹.

Ademais, outras distinções comumente aludidas entre nulidade e anulabilidade¹³² foram

124 Trata-se dos comportamentos socialmente típicos, também denominados, em terminologia bastante criticada, “relações contratuais de fato”. A respeito, v. Tepedino (2011b).

125 “Quanto ao conteúdo, as relações obrigacionais estabelecidas por meio de comportamentos sociais típicos devem ser julgadas segundo as normas válidas para a relação contratual correspondente, ou seja, por exemplo, segundo as regras do contrato de empreitada ou do depósito oneroso. Se devemos por isso designá-los de ‘relações contratuais’, é uma questão puramente terminológica. O termo ‘contrato’ engloba tanto a causa de surgimento, a conclusão do contrato, quanto a relação jurídica por meio deste estabelecida, a relação contratual [...]. Dentro desse conceito mais amplo, deveriam, então, ser diferenciados os verdadeiros contratos, os negócios jurídicos bilaterais, e o comportamento social típico como fonte de uma relação contratual” (LARENZ, 2006, p. 62).

126 Eis a análise de Larenz (2006, p. 61): “O reconhecimento de que não se trata de um negócio jurídico, mas ainda assim de um ato no campo da autonomia privada, resolve várias dificuldades dogmáticas. Já que não há uma ‘declaração de vontade’ no comportamento social típico, ‘vícios de vontade’ não têm qualquer importância. Os dispositivos sobre ‘capacidade de fato’ não são imediatamente aplicáveis, mas a proteção do incapaz precisa também aqui ser observada”.

127 Admite Larenz (2006, p. 60): “o comportamento social típico se encontra ainda no campo da ‘autonomia privada’, ou seja, da liberdade do indivíduo em estabelecer suas relações de cunho jurídico. O significado social típico do seu comportamento é normalmente conhecido pelo agente; ao menos, ele precisa conhecê-lo. Se quer evitar as consequências jurídicas inafastáveis de seu ato, ele deve deixar de realizá-lo”.

128 Assim também mesmo na esfera pública, como no caso de atos jurisdicionais: “O ato nulo tem preservados os seus efeitos em relação aos terceiros de boa-fé, ensejando a validade de julgamento em que participou juiz cuja promoção foi anulada pelo STF” (STJ, REsp. 58.832/RS, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 5.8.1999).

129 Cf., por exemplo, Ferreira (1963, p. 30): “Atos nulos e atos anuláveis são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições, mais ou menos graves, mas o certo é que têm a mesma existência irregular e precária. Nesta matéria, em verdade, só se encontram dois conceitos antagônicos: validade e invalidade. O Código Civil [de 1916] (arts. 145 e 147) dispõe quanto aos casos de imperfeição e daquelas leis facilmente se vê que a diferença entre ato nulo e anulável apenas se encontra na causa da invalidade”.

130 Assim conclui Rodrigues (2002, p. 305). E, sob a égide do Código Civil de 1916, Ferreira (1963, p. 33): “o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. Por este motivo bastante, uma vez pronunciada a invalidade, as duas causas invariavelmente se igualam quanto ao efeito essencial, que é o de apagar o ato desde o passado e para o futuro”.

131 E, de fato, a jurisprudência admite o desfazimento dos efeitos já produzidos por negócios defeituosos. Exemplificativamente: “Há vício no consentimento dos mandantes por erro essencial quanto às pessoas dos reais cessionários, bem como em relação à natureza do negócio, o que torna o ato nulo. Bem por isso, devem arcar com as consequências da má orientação jurídica, obtendo cessão de quem não ostentava qualquer direito sobre o prédio. Os efeitos da nulidade retroagem à data do ato viciado” (TJSP, Ap. Civ. 9082193-80.2004.8.26.0000, 32ª C. D. Priv., Rel. Des. Kioitsi Chicuta, julg. 26.8.2011).

132 Evitou-se o uso das expressões “nulidade absoluta” e “relativa”, não adotadas pelo Código Civil e bastante controversas em doutrina.

progressivamente relativizadas. Com efeito, embora a lei determine que as nulidades nunca convalçam com o tempo (art. 169 do Código Civil)¹³³, ao passo que as anulabilidades estariam sujeitas a prazo decadencial de alegação, tal regra tem sido questionada por parte da doutrina, em face da insegurança jurídica que pode ocasionar¹³⁴. Além disso, a possibilidade de confirmação do ato pelas partes, antes restrita às hipóteses de anulabilidade (art. 172 do Código Civil), tem sido paulatinamente estendida aos atos nulos¹³⁵. Por fim, a ampla legitimidade para alegação dos atos nulos, prevista pelo legislador (art. 168 do Código Civil), vê-se restringida em diversas hipóteses, à luz de particularidades do caso concreto¹³⁶.

Em todas essas mitigações da sistemática geral da invalidade do negócio jurídico, o intérprete parece partir dos efeitos negociais que pretende preservar ou suprimir para, em seguida, proceder à qualificação do vício, em um pensamento indutivo que, de modo geral, caracterizou a construção do já aludido “âmbito de exceções” na teoria das nulidades. Os efeitos do ato negocial são analisados como compatíveis ou contrários aos valores do ordenamento antes de se proceder à qualificação do negócio como (in)existente, (in)válido ou (in)eficaz. Em uma palavra, o julgador parece regular a eficácia do negócio jurídico¹³⁷, seu começo e seu fim, sua oponibilidade a terceiros ou sua eficácia inter partes, ou mesmo opta pela total ineficácia, e somente depois busca a fundamentação nos planos de análise do negócio jurídico, o que logra fazer na grande maioria dos casos, mas não em sua totalidade.

O procedimento deixa de parecer tão singular em se partindo da noção que contrapõe a estrutura dos institutos jurídicos à sua função. Com efeito, afirma-se frequentemente que a função condiciona a estrutura, de modo que a disciplina jurídica somente se revela após a análise (funcional) dos valores e interesses envolvidos¹³⁸. Aspecto particular desse mecanismo, se aplicado à teoria das nulidades, reside no fato de que, por vezes, não há estrutura (vale dizer, espécie de

133 Trata-se de consequência da máxima romana: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*” (P. WETTER, 1909, p. 266).

134 Verificam-se, ao menos, três correntes doutrinárias a respeito. Dantas (2001, p. 283), seguindo doutrina clássica, afirma que “as nulidades não prescrevem jamais e isto se explica, pois que se trata de um ato que não se formou ou que, depois de se formar, se dissolveu completamente”. No mesmo sentido: Rodrigues (2002, p. 289). Pereira (2011, p. 531-532), entendendo que “o direito pátrio, tal como vigorava no Código de 1916, não conhece direitos patrimoniais imprescritíveis”, sustenta que se colocam em conflito dois princípios, a saber, “o não convalidamento do ato nulo *tractu temporis*, e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre essas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, continuo sustentando que não há direitos imprescritíveis, e, portanto, também perante o Código de 2002, a declaração de nulidade prescreve em dez anos”. Por fim, alguns autores, reconhecendo a imprescritibilidade da nulidade, admitem prazo prescricional para a desconstituição de seus efeitos, adotando para tanto prazos específicos previstos na lei e, apenas residualmente, o prazo geral (v., por todos, TEPEDINO, 2012, p. 582-583).

135 Ilustrativamente: “[...] III - Embora não sejam os negócios absolutamente nulos ratificáveis ou convalidáveis, isso não impede que sejam novamente realizados, com a correção da falha que fulminou o ato anterior, sendo indiferente que a nulidade primitiva tenha sido declarada judicialmente [...]. IV - Na repetição da prática de atos de idêntico teor aos dos que foram declarados nulos, é vedada a concessão de efeitos *ex tunc*. Contudo, se isso ocorreu, é possível declarar sua nulidade apenas nesse aspecto” (STJ, REsp. 685.573/RS, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 2.6.2005).

136 Exemplificativamente: “A alegação de nulidade do pacto ante a ausência de preço sério não merece guarida, pois, de fato, é a própria recorrente que estabelece o custo dos serviços que fornece” (STJ, AgR no REsp. 479.746/RJ, 4ª T., Rel. Min. Carlos Fernandes Mathias, julg. 2.10.2008); “Tendo o fiador faltado com a verdade acerca do seu estado civil, não há como declarar a nulidade total da fiança, sob pena de beneficiá-lo com sua própria torpeza” (STJ, AgR no REsp. 1.095.441/RS, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, julg. 17.5.2011).

137 O TJSP, ao realizar exemplar análise funcional, identificou a necessidade de reconhecer efeitos à alienação de certo terreno declarada nula em primeira instância porque o alienante falsificara a anuência de sua esposa. O terreno sofrera diversas transferências posteriores e passara a integrar edifício de apartamentos, de tal modo que o retorno ao status quo ante configuraria solução excessivamente gravosa para a esposa e para os adquirentes de boa-fé. Concluiu o Tribunal: “É razoável admitir desvios ao princípio da retroatividade *ex tunc* do ato nulo para preservar direitos de terceiros de boa-fé e, no caso, existem motivos de sobra para fazê-lo” (TJSP, Ap. Civ. 14143-60.2001.8.26.0001, 4ª C.D.Priv., Rel. Des. Enio Zuliani, julg. 24.5.2012).

138 Na precisa análise de Tepedino (2008, p. 400): “O aspecto funcional condiciona o estrutural, determinando a disciplina jurídica aplicável às situações jurídicas subjetivas”.

invalidade com consequências legalmente previstas) compatível com a análise funcional realizada. Assim, pode acontecer que nem a nulidade (a acarretar a ineficácia plena do ato, legitimidade ampla para alegação e impossibilidade de confirmação pelas partes ou convalidação pelo tempo) nem a anulabilidade (a justificar a eficácia até o momento da invalidação, legitimidade restrita para alegação e possibilidade de confirmação ou convalidação) apresentem soluções satisfatórias para a modulação dos efeitos de certo ato.

Caminha-se, cada vez mais, para a possibilidade da regulação, pelo julgador, dos efeitos do reconhecimento judicial da invalidade, afastando-se, de um lado, a noção de vícios “de pleno direito” (ao se reconhecer que as invalidades necessariamente exigem a declaração judicial, não operando automaticamente)¹³⁹ e, de outra parte, a crença na retroatividade ou irretroatividade *tout court* de provimentos judiciais (noções substituídas, na prática, pela modulação de efeitos à luz do caso concreto)¹⁴⁰.

Mostra-se evidente a relevância (e também o sucesso, em boa parte dos casos) dos mecanismos previstos pelo legislador para a disciplina das invalidades, que se espraiam por todo o sistema jurídico brasileiro; constata-se, porém, sua insuficiência. Desse modo, se a classificação dos atos inválidos como nulos ou anuláveis revela-se de grande valia para o intérprete¹⁴¹, por outro lado, a disciplina legalmente prevista para tais categorias deve ser apenas o início do trajeto a ser percorrido pelo intérprete, a quem incumbe interpretá-las e aplicá-las à luz da totalidade do ordenamento, em sua unidade sistemático-teleológica. O caminho, portanto, parece repousar não no abandono de tais categorias, mas na sua sistematização à luz de um novo critério, baseado na eficácia que resultar legítimo conferir aos negócios jurídicos em concreto, após o julgamento de seu merecimento de tutela. Em outras palavras, faz-se necessário empregar a teoria das invalidades não mais como fator de vinculação do intérprete que impõe entraves a essa sistematização, mas sim como instrumento facilitador do processo, integrado a uma perspectiva metodológica que parte do estudo da eficácia, e não da análise estrutural do negócio jurídico.

O perfil dinâmico das invalidades negociais

Semelhante proposta exige o estabelecimento de critérios para a investigação do merecimento de tutela dos negócios jurídicos, cujo fundamento não reside propriamente em eventuais

139 Na matéria, referência obrigatória é a lição de Ferreira (1963, p. 31-33): “Assim nos textos legislativos como na exposição dos comentadores, encontramos referência frequente a uma nulidade de pleno direito. A expressão é simples resíduo verbal de sistemas há muito tempo superados e assim na linguagem de hoje só pode perturbar, como frequentemente ocorre. Não há nulidade de pleno iure, tudo porque, mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destruída pela declaração do juiz”. Assim já se entendia na doutrina francesa: “toute nullité doit, en règle générale, être prononcée par jugement” (AUBRY; RAU, 1869, p. 122). O entendimento também se consolidou na jurisprudência brasileira: “Embora a lei classifique a irregularidade do ato jurídico, quer no plano do direito material, quer do processual, segundo a valoração ou “gravidade” do vício que o acoima – ato nulo ou anulável –, vale ressaltar a imprescindibilidade da declaração judicial da sua invalidade” (STJ, REsp. 184.703/MS, 4ª T., Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, julg. 9.3.1999). Note-se, porém, que não há consenso quanto ao conceito da expressão “de pleno direito”. Garcez (1997, p. 41-48), por exemplo, embora defenda a existência de nulidades de pleno direito, entende que elas necessariamente devem ser pronunciadas pelo juiz; seriam de pleno direito, pois não haveria discricionariedade para o juiz em seu dever de declará-las, mas não permitiriam às partes alegá-las sem prévio pronunciamento judicial.

140 A expressão “modulação de efeitos” tem se tornado cada vez mais relevante em nossa jurisprudência, em grande parte por conta de decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais se reconhece a necessidade de restringir os efeitos do provimento judicial no tempo, procedimento expressamente autorizado pelo art. 27 da Lei 9.868/1999 no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, com fundamento em “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. O exemplo é interessante por se tratar de ações de natureza declaratória, assim como as ações que reconhecem a nulidade dos negócios jurídicos.

141 Com efeito, as classificações desempenham papel indispensável: “As classificações são, de fato, um instrumento poderoso. Não apenas esclarecem e solidificam o conhecimento jurídico; têm o papel de aprimorar e promover o Direito” (MORAES, 2006).

vícios estruturais que os inquiram desde o momento de sua formação, mas sim em seus efeitos concretos, valorados (positiva ou negativamente) a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento. O enfoque funcional permite explicar de modo mais satisfatório por que os efeitos de determinado ato (abstrata e formalmente) inválido podem ser considerados, à luz do caso concreto, ora absoluta ou relativamente ilegítimos, ora parcialmente admissíveis, ora plenamente reconhecidos (ao ponto de se poder sustentar mesmo a validade do negócio)¹⁴². Em síntese, a partir da apreciação do plano da eficácia, sem vinculações a priori com sua esquematização abstrata e suas exceções, torna-se possível identificar parâmetros para o juízo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia¹⁴³, em consonância com os valores fundamentais do sistema.

A tarefa é desafiadora, a começar pelo próprio paradigma adotado, tendo em vista as inúmeras acepções que o legislador confere ao termo “eficácia”¹⁴⁴. Com efeito, o plano da eficácia tem sido reduzido, tradicionalmente, à não produção dos efeitos típicos do negócio (quase sempre se tomando por exemplo as hipóteses de negócio sob condição ou termo)¹⁴⁵. Essa restrição, justificada com base no que se denominou “técnica de eliminação progressiva” (AZEVEDO, 2002, p. 63) (só passariam ao exame da eficácia os atos válidos, não interessando ao plano da eficácia os efeitos não queridos decorrentes de eventual invalidade), pouco contribui para a compreensão da matéria. A noção de eficácia mostra-se muito mais ampla, não sendo raras as hipóteses em que se contrapõem a eficácia inter partes à eficácia perante terceiros¹⁴⁶, a eficácia total à parcial¹⁴⁷, e,

142 Ressalta Perlingieri (2008, p. 374-375): “Errôneo, portanto, é sustentar, ainda hoje, que a nulidade, como regra, é absoluta. Omite-se, de fato, que ela se tornou na maioria dos casos nulidade de proteção, de garantia; assim, não mais ‘qualquer um que tenha interesse’ é legitimado a fazer valer a nulidade, mas apenas aquele que é garantido pela nulidade”; assim, reforça-se a ideia “de que a composição concreta de interesses exige, também sob o perfil patológico, uma disciplina que se deduz não da mera recondução ao tipo, mas da peculiaridade do caso”.

143 Embora consagrada pelo uso, a expressão “autonomia privada” tem sido substituída paulatinamente pela noção, mais ampla, de “autonomia negocial”. Registra Perlingieri (2008, p. 338): “[...] a locução ‘autonomia privada’ pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo ‘privada’ corre-se o risco de gerar sérios equívocos. [...] a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de ‘autonomia negocial’, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial”.

144 Adverte Dantas (2001, p. 284): “[...] a matéria da ineficácia do ato jurídico é a matéria da confusão de termos, e a preocupação deve ser evitá-la”.

145 Define Azevedo (2002, p. 65): “O ato ineficaz em sentido restrito é um ato válido, mas que, por falta de um fator de eficácia, não produz, desde o princípio, efeitos; por exemplo, o ato sob condição suspensiva, quando não ocorre o evento a que a condição se referia, ou o ato do mandatário sem poderes que prometeu a ratificação do mandante e não a obteve, ou a cessão de crédito não notificada ao devedor”. No mesmo sentido, Amaral (2006, p. 511): “O negócio é eficaz quando produz os efeitos que o agente pretende. Eficácia é, portanto, a possibilidade de produzir os efeitos desejados no todo ou em parte”. Contra, Pontes de Miranda (1955, p. 70): “A ineficácia supõe que, a despeito da vontade que se manifestou e do conteúdo da manifestação, certo efeito ou efeitos não se deem. Ora, se houve condição, ou termo, há acontecimento do que se quis”.

146 Assim, por exemplo, a assunção de dívida realizada entre o devedor primitivo e o novo devedor sem anuência do credor é tratada por parte da doutrina como ato inexistente (v., por todos, TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 185), e como causa de ineficácia relativa por outra corrente doutrinária (v., por todos, PEREIRA, 2010, p. 371). Outros exemplos de eficácia relativa são previstos pelos arts. 290 (“A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada”) e 662 (“Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar”) do Código Civil.

147 Está a ratio do princípio da redução do negócio jurídico, enunciado pelo Código Civil em seu art. 184: “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”. Trata-se de decorrência do princípio, já enunciado no Direito Romano, *utile per inutile non vitiatur* (WETTER, 1909, p. 266). O princípio costuma ser aplicado com parcimônia pela jurisprudência, em respeito à causa negocial. Ilustrativamente: “[...] O princípio da conservação do negócio jurídico não deve afetar sua causa ensejadora, interferindo na vontade das partes quanto à própria existência da transação” (STJ, REsp. 981.750/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 13.4.2010).

ainda, a produção dos efeitos queridos pelas partes à produção de efeitos diversos¹⁴⁸.

Modificada, porém, a perspectiva do intérprete, de forma a tornar os efeitos do ato a chave de sua interpretação – e não mais um aspecto estático de sua estrutura –, vislumbra-se a possibilidade de encontrar nova ordenação sistemática para os planos de análise do negócio jurídico. As diversas espécies de invalidade previstas em lei passam a figurar, nesse cenário, como elementos facilitadores da identificação da disciplina aplicável a cada ato negocial, indícios de ponderações previamente realizadas pelo legislador em direção a certa produção (ou cessação) de efeitos, sem, porém, obstar que a análise funcional do negócio conduza a soluções distintas quanto à modulação de sua eficácia. Com efeito, conforme antes salientado, as contradições indicadas entre a teoria dos planos de análise do negócio e o tratamento atualmente conferido pelo direito brasileiro à matéria apenas evidenciam a menor importância que as classificações exclusivamente estruturalistas têm adquirido no sistema jurídico¹⁴⁹. Cabe valorar, nesse contexto, a validade negocial a partir do perfil dinâmico do ato, de seus efeitos concretamente produzidos (nomeadamente, a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas), substrato lógico para a incidência do juízo de merecimento de tutela sobre os atos de autonomia privada¹⁵⁰, atualmente compreendida como expressão de uma liberdade que apenas se legitima na solidariedade constitucional¹⁵¹.

Por esse prisma metodológico, torna-se possível verificar quais foram os parâmetros e valores ponderados pelo legislador ao prever as diversas hipóteses de invalidade, bem como quais são aqueles critérios que a doutrina e a jurisprudência têm levado em consideração para modular as regras gerais da teoria das nulidades, entre os quais se destacam a segurança jurídica¹⁵², a proteção a terceiros de boa-fé¹⁵³, o princípio da conservação dos negócios jurídicos¹⁵⁴, a proibição do

148 Assim, por exemplo, uma prestação em pagamento considerada nula pode importar confissão de dívida para fins de interrupção da prescrição (art. 202, VI do Código Civil). Cite-se, ainda, a possibilidade de o ato nulo gerar o dever de indenizar, se verificados os pressupostos da responsabilidade civil. A respeito, v. Aubry e Rau (1869, p. 123) e, em nossa jurisprudência recente: “Contrato de compra e venda - Objeto impossível - Nulidade de pleno direito - Retorno das partes ao estado anterior [...] É causa de responsabilização civil a violação aos princípios da probidade e da boa-fé, norteadores dos negócios jurídicos tanto na sua conclusão quanto na sua execução” (TJMG, Ap. Civ. 1.0024.06.078881-7/003, 9ª C.C., Rel. Des. José Antônio Braga, julg. 15.12.2009).

149 “O porquê (a função) se deduz não da previsão da ‘sanção’ nulidade, mas do necessário fundamento da previsão normativa” (PERLINGIERI, 2008, p. 452).

150 Sobre a relevância da causa para o juízo de merecimento de tutela do negócio jurídico, permita-se remeter a Souza (2013).

151 Pondera Moraes (2010, p. 50-51): “regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, é o que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade”.

152 Nesse sentido, a venda a non domino já se considerou inexistente (por todos, TEPEDINO, 2011a, p. 511), nula (por todos, BEVILÁQUA, 1975, p. 235), anulável (por todos, PEREIRA, 2007, p. 179) ou, segundo a maior parte dos autores, simplesmente ineficaz (por todos, GOMES, 2007, p. 274). O Código Civil, no entanto, reconhece sua eficácia plena nas hipóteses de aquisição de bens móveis em hasta pública ou estabelecimento comercial (art. 1.268, caput) e ainda permite, no mesmo dispositivo, sua convalidação mediante a aquisição posterior da propriedade móvel pelo alienante (§1º). Raciocínio análogo não se aplica à venda de imóvel alheio.

153 A proteção a terceiros de boa-fé perpassa toda a disciplina dos negócios jurídicos, tornando-se nítida, por exemplo, nas hipóteses de vícios do consentimento. Assim, nos termos do art. 155 do Código Civil, “Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento”. Como se percebe, trata-se de hipótese, em tese, de anulabilidade, na qual, porém, não se admite o desfazimento do ato, com base na teoria da confiança. Com efeito, afirma Theodoro Júnior (2006, p. 199): “A boa-fé daquele a quem o ato aproveita e a segurança do tráfego jurídico fazem com que a coação, in casu, se torne irrelevante”.

154 Previsto no art. 170 do Código Civil: “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

enriquecimento sem causa¹⁵⁵, a vedação ao benefício da própria torpeza¹⁵⁶, o melhor interesse de pessoas vulneráveis¹⁵⁷, entre outros.

O estudo conjunto de tais princípios conduz a uma renovada sistematização da matéria, a partir da qual a identificação dos interesses e valores envolvidos no negócio em concreto (por exemplo, a existência de interesse de terceiro de boa-fé ou a verificação de abuso no exercício do direito à impugnação do ato inválido por quem tenha dado causa ao vício) permite determinar quais efeitos serão produzidos, em face de quem serão produzidos, a partir de qual momento o serão e assim por diante, sem uma vinculação apriorística com as imperfeições estruturais do ato (embora se mostrem relevantes para a identificação da eficácia negocial)¹⁵⁸.

O mapeamento desses elementos dinâmicos (vale dizer, funcionais) do negócio deve partir das soluções propostas pela doutrina, pela jurisprudência e pelo próprio legislador quanto aos efeitos produzidos ou não pelo ato inválido – soluções que, como já aludido, eram reputadas, até o momento, simples exceções¹⁵⁹ ao sistema das invalidades. A análise funcional assim desenvolvida desloca o foco para os interesses e valores (concretamente mercedores de tutela na legalidade constitucional) que podem acarretar eventual eficácia diferenciada do negócio em relação àquela sugerida por sua estrutura e pelo abstrato esquema legal. Nesse sentido, as regras previstas pelo legislador sobre inexistência, nulidade e anulabilidade parecem gerar a presunção de certa disciplina a ser aplicada aos efeitos do ato negocial, que se afigura fundamental para a garantia da segurança jurídica no âmbito da autonomia privada e, na maior parte dos casos, não sofre alterações após a adequada interpretação e aplicação à luz da axiologia do sistema. Por outro lado, para que um ato inválido possa produzir efeitos, divergindo do regime que lhe confere a norma positiva, exige-se ônus argumentativo muito mais intenso, a ser levado a cabo pelo julgador à luz do caso concreto, a partir de uma análise valorativa do negócio, que leve em conta a sua função¹⁶⁰. Conforme sintetiza Pietro Perlingieri (2008, p. 374), “os interesses individuados, deduzidos no contrato ou a eles coligados, são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os ‘remédios’ devem ser adequados aos interesses”.

155 Assim, por exemplo, nos termos do art. 181 do Código Civil, ninguém pode reclamar a restituição do valor pago em obrigação anulada devido à incapacidade do outro contratante, salvo se comprovar que reverteu em proveito dele a importância paga.

156 Exemplificativamente, embora a legitimidade para alegar a nulidade seja ampla, vale dizer, aberta a qualquer interessado, na hipótese de simulação maliciosa, prevista pelo Código Civil em seu art. 167 como causa de nulidade, muitos autores não admitem a alegação por uma das partes no negócio simulado. Isso porque, embora a todos assista o direito de alegar uma nulidade, não se admite o exercício desse direito por uma das partes com vistas a se aproveitar da própria torpeza. Nesse sentido: Pereira (2011, p. 534).

157 Pense-se na produção de efeitos do casamento putativo em relação à pessoa dos filhos (art. 1.561 CC).

158 A repercussão da análise dos interesses e valores juridicamente relevantes na eficácia do negócio jurídico é registrada por Konder (2010, p. 68-69): “A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante”.

159 Emblematicamente, afirma Azevedo (2002, p. 64): “é inegável que os casos de efeitos do [ato] nulo são exceções no sistema de nulidades e como tais devem ser tratadas. Os efeitos do [ato] nulo não são, em sua maior parte, também como havíamos salientado, os efeitos do próprio ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos), e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia; todavia, ainda quando se trate de eficácia própria, tal e qual ocorre no casamento putativo e em algumas outras poucas hipóteses, temos, se pudermos expressar-nos assim, um ‘furo’ na técnica de eliminação com que os negócios são tratados; é a exceção que confirma a regra”.

160 Perlingieri (2007, p. 291) ressalta a necessidade de partir do perfil da eficácia para a determinação da sanção da invalidade: “Além do mais, nem sempre a violação da forma legal provoca a nulidade. [...] do mesmo modo como a inderrogabilidade representa não o dado inicial, mas o resultado da interpretação, assim a determinação da sanção (nulidade – e diversa graduação das suas consequências –, anulabilidade ou ineficácia) é o resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses envolvidos: a função da norma não se extrai da ‘sanção’ nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma”.

Síntese conclusiva

Conhecidos alguns dos principais problemas da tradicional teoria das nulidades do negócio jurídico e indicada a análise funcional do negócio como a chave interpretativa que melhor permite superá-los ou, ao menos, conferir-lhes maior segurança, qualquer conclusão que se possa formular neste ponto da exposição constitui, na verdade, um convite ao leitor em prol do desenvolvimento de uma nova sistemática, a ser construída em torno de uma mesma diretriz. Propõe-se, mais que a simples catalogação das mudanças ocorridas na teoria tradicional das invalidades do negócio jurídico, a ressystematização da matéria pelo prisma dinâmico. Tal procedimento mostra-se especialmente compatível com a metodologia do direito civil-constitucional, que tem permitido a reordenação de todo o sistema do direito civil a partir dos princípios e valores tutelados pelo ordenamento e consagrados na tábua axiológica constitucional. Somente uma análise funcional permite restaurar a unidade teórico-dogmática da invalidade do negócio jurídico e superar o aspecto exclusivamente estruturalista que continua a dominar, pelo menos na sistemática tradicional, o tratamento do tema¹⁶¹.

Cumprir privilegiar, de um lado, todas as hipóteses de invalidade ou ineficácia previstas em lei, como indicadores confiáveis desse juízo de merecimento de tutela dos atos negociais, construindo-se, de outra parte, um sistema coerente e unitário, capaz de abarcar as hipóteses de eficácia diferenciada que não se encaixavam nos moldes rígidos, estruturalistas, da teoria das nulidades. Em outras palavras, a identificação dos parâmetros de valoração da eficácia negocial pode conduzir à reordenação sistemática da matéria sob o prisma funcional, oferecendo critérios seguros ao julgador para a eventual (e necessariamente fundamentada) modulação de efeitos dos atos negociais formalmente inválidos, e restabelecendo a segurança jurídica perdida com o tratamento casuístico e fragmentado que se tem conferido à eficácia negocial.

Referências

- AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AUBRY, M. M.; RAU, G. Cours de droit civil français. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1869. t. 1.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Campinas: Servanda, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975
- _____. Teoria geral do direito civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.
- DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: um sonho convertido em casamento. Revista dos

161 Leciona Perlingieri (2007, p. 297-298) que se devem analisar as nulidades e formalidades legais em geral à luz dos interesses que elas garantem: “A utilização da forma legal responde a uma política do direito que, tanto nas vicissitudes constitutivas quanto naquelas modificativas, regulamentares ou extintivas da relação, tende a garantir, tutelar e promover interesses mais merecedores de tutela; principalmente se respondem às exigências de sujeitos que no âmbito do sistema têm um estatuto de favor e em relação aos quais justifica-se ainda mais a atenção do legislador ordinário. Desse modo, não é suficiente constatar a existência ou a inexistência da forma, mas é necessário, também, perguntar-se a que serve”.

Tribunais, São Paulo, v. 909, jul. 2011.

ESPÍNOLA, Eduardo. Manual do código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1932. v. 3, p. 4.

FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 14, n. 3, p. 30, out. 1963.

GARCEZ, Martinho. Das nulidades dos atos jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre controle da autonomia negocial. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 43, jul./set. 2010.

LARENZ, Karl. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Revista Direito GV, v. 2, n. 1, 2006.

LOPES, Serpa. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 4.

_____. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

_____. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

_____. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. La persona e i suoi diritti. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Traité élémentaire de droit civil. Paris: LGDJ, 1952. t. 1.

RÃO, Vicente. Ato jurídico. São Paulo: Saraiva, 1981.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 54, abr./jun. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Aquisição a non domino e os efeitos do tempo na cadeia de aquisição imobiliária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. In: SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011b.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. Soluções práticas de direito: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

_____; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. (Coord.). Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3, t. 1.

WETTER, P. Van. Pandectes. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1909. t. 1.

DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL COMO PRESERVAÇÃO DA PESSOA FRENTE AO MERCADO

*Francisco Luciano Lima Rodrigues*¹⁶²

*Luana Silveira de Andrade*¹⁶³

Introdução

O contexto epistemológico, na contemporaneidade, em razão dos avanços informáticos, vem sofrendo alterações profundas e constantes, sejam no modo com que os indivíduos desenvolvem a percepção de si mesmos ou na forma com que interagem com outras pessoas. Nesse sentido, como reflexo da revolução tecnológica, vive-se a sociedade da informação, caracterizada pelo acúmulo de dados disseminados de forma descentralizada e pela transmissão global em alta velocidade, por meio de novas tecnologias.

Nesse cenário, a informação representa a matéria-prima das transformações sociais, constituindo um bem de grande valia no modelo de negócio adotado pela sociedade contemporânea. Em razão da estrutura aberta da internet e do rápido e contínuo fluxo de informações dispostas no mundo virtual, a capacidade de domínio dos indivíduos sobre os dados que lhes dizem respeito é reduzida, revelando a necessidade de proteção de informações pessoais.

Desse modo, ao passo que a evolução do grau de acessibilidade, a destinação e o tratamento concedidos aos dados pessoais ficam a cada dia mais distante do controle das pessoas usuárias, as empresas privadas e as entidades governamentais beneficiam-se dessas informações, seja pelo fato de criarem perfis de seus clientes, seja pela venda desses dados.

Demonstra-se, portanto, que frente à dinamização do contexto social, o direito à privacidade no âmbito virtual, e o direito à autodeterminação informacional, como forma de proteção da pessoa frente ao mercado, devem ser repensados, de forma a amparar as novas situações surgidas e a retirar a pessoa usuária de uma situação de vulnerabilidade.

Assim, no primeiro tópico, abordam-se noções gerais acerca da sociedade da informação e do ciberespaço, destacando-se as principais alterações surgidas com esse novo paradigma e evidenciando-se os desafios que o direito à privacidade vem sofrendo diante dessa nova realidade. Não há como negar o reconhecimento à posição central que as informações pessoais passaram a ocupar nesse corrente cenário, tornando forçoso que se voltem atenções à questão de sua proteção, em busca de preservar a esfera privada das pessoas usuárias.

No segundo tópico, é traçado um esboço histórico do direito à privacidade, buscando compreender em que contexto se deram as primeiras manifestações de tutela desse direito e quais

162 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com estágio de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juiz de Direito no Ceará. E-mail: lucianolima@unifor.br.

163 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Aluna vinculada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e ao Programa de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: luanasandrade@gmail.com.

valores o legislador buscou proteger quando da sua inclusão na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Inicialmente limitado ao direito de se estar só, ou seja, ao recolhimento na esfera doméstica, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transmissão de informações, houve a necessidade de que o alcance desse direito fundamental fosse alargado, passando a abranger também o direito à proteção de dados pessoais.

Por fim, o terceiro capítulo trata do direito à autodeterminação informacional, que consiste na a faculdade de cada particular decidir e controlar a utilização dos seus dados pessoais informatizados. Pretende-se, neste ponto, estudar o conceito desse direito, bem como identificar os princípios que lhe servem como norte. Além disso, busca-se analisar qual o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro à proteção de dados pessoais, expondo os novos desafios impostos.

Sociedade da informação: conceito, características e mudanças

Sociedade da informação e ciberespaço

A Revolução da Tecnologia da Informação, iniciada no final do século XX, configurou-se, de acordo com Castells (2003, p. 50), através da indução de “um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”, sendo caracterizada por sua penetrabilidade, ou seja, “por sua penetração em todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida”.

Diante dessas mudanças de cenário, criou-se um novo paradigma técnico-econômico, descrito por Takahashi (2000, p. 5) como um fenômeno global que impacta diretamente as atividades sociais e econômicas, visto que suas estruturas e dinâmicas são afetadas, indiscutivelmente, pela infraestrutura das informações disponíveis.

A sociedade da informação¹⁶⁴ é, então, compreendida como a sociedade em que as relações interpessoais são marcadas pelo acúmulo de dados disseminados de maneira descentralizada, de abrangência global, com transmissão em grande velocidade e por meio do uso de novas tecnologias. Representa uma instituição em construção e em expansão, revelando um movimento de convergência caracterizado pela possibilidade de conexão entre diversos dispositivos.

Dessa forma, há o surgimento de uma sociedade global em que os indivíduos podem estar em permanente comunicação interativa, independentemente dos limites temporais e espaciais. Nela, os próprios criadores da informação são os destinatários, ou seja, há uma cooperação na criação, na correção e no destino das informações.

O ciberespaço¹⁶⁵ desponta, nesse contexto, como o ambiente transfronteiriço “que não assume uma forma material, palpável e visível ao olho humano, mas capaz de romper com as limitações tempo e espaço, bem como promover interações humanas, necessitando de uma constante atualização por parte dos operadores jurídicos e da sociedade” (OLIVEIRA; SANTOS, 2013, p. 160). Nesse espaço, onde a reprodução e a divulgação de dados são contínuas e velozes, as infor-

164 José de Oliveira Ascensão (2002, p. 71) defende que a expressão “sociedade da Informação” “não é um conceito técnico: é um slogan. Melhor se falaria até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação”.

165 Segundo Levy (2000, p. 92) o ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto de sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de rede hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais, pois ela condiciona o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço.

mações são acessíveis em tempo real e marcadas por sua fluidez.

Por meio da internet¹⁶⁶, ocorre uma comunicação baseada na disseminação de ideias advindas de indivíduos ou de grupos diversos, estimulando a participação ativa dos usuários. A esfera pública, portanto, que, anteriormente, nos meios de comunicação em massa, era centralizada, torna-se cada vez mais aberta à intervenção ativa dos sujeitos, ocorrendo, por conseguinte, a incorporação das conversas privadas ao espaço público (CARDON, 2012, p. 5).

Thomson (1995, p. 104) afirma que é preciso “repensar o significado do ‘caráter público’ hoje, num mundo permeado por novas formas de comunicação e de difusão de informações, onde os indivíduos são capazes de interagir com outros e observar pessoas e eventos sem sequer os encontrar no mesmo ambiente espaço-temporal”.

A linha divisória entre a sociabilidade privada e o debate público é invadida por uma nova sensibilidade que conduz os indivíduos à exposição e ao estabelecimento, perante outros, dos fios que ligam sua vida pessoal e questões públicas. Surge um borrado entre as esferas pública e privada, de maneira a denotar o paradoxo da privacidade, isto é, cada internauta demanda simultaneamente proteção à sua liberdade de expressão e ao seu direito à vida privada.

Além disso, no ciberespaço, onde as trocas entre indivíduos são facilitadas, os receptores deixam de participar apenas passivamente e, simultaneamente, tornam-se emissores. Nesse sentido, estabelece Levy (2008, p. 113) que “no ciberespaço, cada um é potencialmente emissor e receptor num espaço qualitativamente diferenciado, não fixo, disposto pelos participantes, explorável”.

O fluxo e a utilização de dados

A estrutura aberta da internet, ao passo que amplia as possibilidades de manipulação da informação e da comunicação entre os usuários, abre espaço para que surjam novos mecanismos de coleta e de tratamento de dados pessoais dispostos no mundo virtual, pondo em questão o respeito ao direito à privacidade na rede. Nesse sentido, Correa (1987, p. 241) esclarece que “a informática debilita a capacidade de domínio das pessoas sobre os dados que lhes dizem respeito”.

Ao terem a chance de controlar quais dados irão disponibilizar a terceiros, os usuários da rede atuam como protagonistas dos processos envolvendo suas informações pessoais. Não obstante, atuam também como coadjuvantes desses processos, posto que, uma vez que os dados são lançados na rede, não há como monitorar o uso dos dados, não sendo possível garantir a utilização determinada da informação, nem com quem se encontram e qual o nível de controle sobre eles.

Em adição, importante destacar a observação de Rodotá (2008, p. 113) para o fato de que

[...] a contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria persona, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito.

166 Para Castells (2003, p. 8), “a internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global.”

Em outras palavras, atualmente, o acesso a diversos produtos e serviços disponibilizados online não é concedido pela simples troca de determinada quantia. Na verdade, o modelo de negócio utilizado pela maior parte das plataformas digitais, como redes sociais, exige o pagamento pelo serviço com informações pessoais dos usuários¹⁶⁷; há, portanto, uma vulnerabilidade da pessoa frente aos interesses do mercado.

Dessa forma, estabelece Doneda (2012, p. 5) que

todas procuram alcançar uma base razoável de usuários para, com base nesta rede de pessoas e interesses interconectados, partir para a exploração comercial propriamente dita, visto que os eventuais lucros derivados das redes sociais online não provém diretamente dos seus usuários, cuja participação não lhes é onerosa.

O valor de uma rede on-line é, então, condicionado à quantidade de informações pessoais que ela administra e à forma com que esses dados são utilizados. Assim, por meio da venda de informações, da arrecadação de dados obtidos por cookies e da formação de perfis de usuários, entre outros, ocorre a monetização da informação, com o enfraquecimento da proteção do indivíduo.

Um dos métodos utilizados para a coleta de informações é o da mineração de dados (data mining), que consiste, segundo Bourcier (2001, p. 851), na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a partir de um grande volume de dados, com a ajuda de instrumentos estatísticos e matemáticos.

Assim, explana Doneda (2010, p. 34), que, a partir de uma grande quantidade de informação em estado bruto e não classificada, podem ser identificados dados potencial interesse.

Já por meio da técnica profiling, “os dados pessoais são tratados, com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de inteligência artificial, com o fim de formular uma ‘meta-informação’, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros vários da vida desta pessoa” (DONEDA, 2010, p. 34). Ocorre que essa criação virtual, obtida por meio da compilação de dados, nem sempre corresponde à realidade e

a partir do momento em que um perfil eletrônico é a única parte da personalidade de uma pessoa visível a alguém, as técnicas de previsão de padrões de comportamento podem levar a uma diminuição de sua esfera de liberdade, visto que antes com os quais ela se relaciona levam em consideração o pressuposto de que ela adotará um comportamento pré-definido de acordo com seu determinado perfil aliado a técnicas preditivas de seu comportamento, o que tem como consequência uma efetiva diminuição de sua liberdade de escolha (DONEDA, 2010, p. 34).

Conforme salienta Konder (2013, p. 363), no cenário em que os indivíduos não possuem o controle de acesso e de uso de suas informações por terceiros, verifica-se uma perigosa “patrimonialização das situações existenciais, onde o respeito ao espaço de autodeterminação dos sujeitos para decidir sobre a forma mais adequada de livremente desenvolver sua personalidade resvala

167 “Como o modelo de negócios de uma rede social condiciona o valor de uma rede à quantidade de informações pessoais que ela administra e a forma com este volume de informações possa ser utilizado de forma rentável, é natural que elas incentivem seus usuários a alimentá-las com seus próprios dados. A indução ao fornecimento dos próprios dados pessoais é constante no relacionamento da rede social online com seus usuários, e o modo com que este convite ao compartilhamento é realizado pode ser relevante para que se verifique se há, efetivamente, vontade livre e informada quanto aos efeitos deste compartilhamento no momento em que os dados pessoais são fornecidos” (DONEDA, 2006, p. 6).

para a tolerância com a mercantilização de aspectos fundamentais da dignidade humana¹⁶⁸.

De acordo com Gustavo Tepedino (2014, p. 95),

com o avanço e barateamento da tecnologia de informação, sofisticam-se os acessos e controles, o cruzamento e a circulação de dados, sendo urgente restabelecer mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, especialmente no que tange aos dados sensíveis. [...] Há que se definir quando, onde, como e para que fins podem ser colhidas informações pessoais, impedindo-se seu tratamento como ativo comercial ou expressão do poder político do Estado. Os critérios para tal definição hão de convergir para a melhor tutela dos direitos fundamentais em jogo.

Dessa forma, é preciso que a insegurança enfrentada pelos usuários quanto à proteção de seus dados seja reparada por meio do aprimoramento de formas de controle do direito à privacidade, aqui manifestado como direito à autodeterminação informacional.

Direito à privacidade

O direito à privacidade, como espécie dos direitos fundamentais¹⁶⁹, apresenta seu fundamento no princípio da dignidade humana, compreendido por Ingo Sarlet (2004, p. 38-39) como “o valor próprio que identifica o ser humano como tal”.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 85), o direito à privacidade, como um dos direitos da personalidade, representa um desdobramento do princípio jurídico da liberdade, o qual, junto aos princípios da solidariedade, da integridade psicofísica e da igualdade, compõe os corolários do valor axiológico da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido,

o direito à privacidade decorre do direito à liberdade, na medida em que o primeiro abriga o direito à quietude, à paz interior, à solidão e ao isolamento contra a curiosidade pública, em relação a tudo o quanto possa interessar à pessoa, impedindo que se desnude sua vida particular; enquanto o segundo resguarda o direito a uma livre escolha daquilo que o indivíduo pretende ou não expor para terceiros, protegendo o seu círculo restrito da forma como lhe aprouver (JABUR, 2000, p. 260).

Sousa (1995, p. 316-317) defende que o princípio da dignidade da pessoa humana garante aos indivíduos, enquanto dotados de capacidade e de responsabilidade, tanto autonomia física quanto autonomia moral, particularmente na condução da sua vida, na atribuição de fins a si mesmo, na eleição, na criação e assunção de sua escala de valores, na prática dos seus atos, na revalidação deles e na recondução do seu comportamento, de modo a se pressupor que cada indivíduo possui uma esfera privada em que possa se recolher, sendo vetado aos demais nela se intrometer.

Assim, o direito à privacidade desenvolve-se historicamente como o direito de estar só, manifestando-se com a proteção do domicílio, da família e do segredo da correspondência. Com

168 Nesse mesmo sentido, tem-se Schreiber (2013, p. 156): “dessa constante prospecção resulta risco significativo à dignidade humana, na medida em que a complexidade do ser humano acaba reduzida a certo perfil comportamental, construído, no mais das vezes, sem qualquer participação ativa do próprio indivíduo”.

169 Estabelecidos pelo texto constitucional com o intuito de proteger a dignidade essencial humana, para Canotilho (2003, p. 393), os direitos fundamentais representam direitos “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente [...], direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica e concreta”. Dessa forma, a realização de tais direitos se dá por meio da antevisão e da projeção de ângulos específicos ou de esferas determinadas da existência e da atividade humana, como explana Falcão (2013, p. 227).

o surgimento de novas formas de comunicação e com a evolução tecnológica, a proteção à privacidade recebe novos moldes, passando a englobar a proteção ao sigilo de dados, especialmente no meio virtual.

Síntese histórica

Em meio a uma ordem jurídica essencialmente protetora dos direitos de propriedade, até o término do século XIX, de acordo com Ruaro e Rodriguez (2010, p. 184), era provável que aquele que sofresse violação à privacidade não recebesse a devida tutela jurisdicional dos tribunais ingleses e norte-americanos, posto que priorizavam o reparo de situações de violência ou de ataques à propriedade privada.

Não obstante, naquele período, fosse baixo o número de casos de danos causados por intromissões na vida privada, os tribunais receavam, como expõe Miller (1971, p. 170), que o reconhecimento de direitos intangíveis, como a proteção da esfera íntima, abrisse precedente para o ajuizamento de diversas ações em busca da tutela desses direitos, de maneira a gerar uma inundação de litígios.

A substituição do perfil rural da sociedade americana para o urbano, somada ao incremento dos meios de circulação de massa, contribuíram para que, em 1890, o direito à privacidade fosse defendido por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis no artigo *The Right to Privacy*, publicado na *Harvard Law Review*. Por meio desse estudo, os referidos autores buscavam verificar se o direito vigente no sistema de common law continha algum princípio capaz de proteger o direito à privacidade e, caso a resposta fosse positiva, pretendiam analisar o alcance desta proteção.

Warren e Brandeis (1890) externavam a preocupação de que o maldizer não era mais o recurso dos ociosos e dos perversos, havendo se tornado verdadeiro comércio, perseguido com indústria e com audácia. Para eles, o direito à vida (*right to life*) haveria gradualmente se convertido no direito a aproveitar a vida (*right to enjoy life*) ou no direito a ser deixado só (*right to be let alone*).

Dessa maneira, em sua formulação inicial, como descreve Schreiber (2013, p. 135), “o direito à privacidade identificava-se com a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano”, revelando forte influência sofrida pelo modelo proprietário, isto é, “do mesmo modo que o direito à propriedade permitia repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência alheia sobre a vida íntima de cada um”.

O direito à privacidade, nessa ótica, correspondia ao direito à intimidade¹⁷⁰ e possuía uma conotação puramente negativa, impondo tão somente um dever geral de abstenção aos indivíduos, ou seja, um dever de exclusão de terceiros na esfera privada individual.

Nesse sentido, De Cupis (1959, p. 294) o define como

quel modo di essere della persona il quale consiste nella esclusione dalla altrui conoscenza di quanto ha riferimento alla persona medesima; orbene, si riferiscono alla persona non solo la sua figura fisica, vale a dire l'insieme delle sua fallezze fisiche, ma anche la sua voce, e, inoltre, certi avvenimenti, e lo sviluppo, della sua vita.

170 Para Sanchez (2010, p. 180), o direito à privacidade e o direito à intimidade, como compreendidos atualmente, distinguem-se, de maneira que, “el término inglés *privacy* conserva un contenido más extenso que nuestro derecho a la intimidad, pero engloba su esencia mínima e intocable, aquélla que permite al ser humano seleccionar las experiencias presentes o pasadas que desea preservar o excluir para sí mismo”.

Na década de 1960, o desenvolvimento de novas tecnologias possibilitou o surgimento de maneiras mais eficientes de armazenamento, de processamento, de uso e de divulgação de informações, criando um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Assim, como característica da sociedade da informação, os dados disponíveis passaram paulatinamente a serem usados no tráfego social para as mais diversas finalidades (SCHREIBER, 2013, p. 135).

No contexto da era digital, marcada, na perspectiva de Giddens (1991, p. 69), pela intensificação das relações sociais em escala mundial e por uma maior distância na relação entre o tempo e o espaço, não haveria como o direito à privacidade permanecer restrito ao seu conceito inicial, ou seja, como mera proteção à vida íntima. Assim, leciona Schreiber (2013, p. 44) que a privacidade surgiu “sob uma insígnia individualista, inspirada pela lógica segregacionista [...], mas acaba por se converter em um direito mais amplo, de caráter social, que abrange hoje especialmente o direito à proteção de dados pessoais”.

Assim, o direito à privacidade, na sociedade da informação, assume maior relevo, posto que a divulgação de dados se torna mais veloz e mais ampla, sendo considerado um conceito funcional que resguarda o direito do sujeito de ser informado e de poder controlar o fluxo de informações que a ele se referem.

Conceito e previsão legal

Como exposto, o direito à privacidade surge puramente como o direito de ter afastada a intromissão alheia na esfera doméstica de cada indivíduo. Todavia, atualmente, transcende a mera proteção da vida íntima e passa a tutelar também a proteção de dados pessoais, revelando-se, assim, mais abrangente do que o direito à intimidade.

Decorre do direito à privacidade o reconhecimento de espaços da vida particular dos indivíduos que deve ser respeitado e preservado da curiosidade alheia, posto que cingem o modo de ser particular de cada um. Nesse âmbito, incluem-se os fatos ordinários que, em regra, não suscitam interesse público, tais como costumes, relações afetivas, comentários, escolhas e dados pessoais.

Não obstante, o valor protegido por esse direito fundamental não é mais limitado apenas à esfera doméstica, alcançando, na verdade, qualquer espaço em que “circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa” (SCHREIBER, 2013, p. 137).

Estabelecem Gediel e Corrêa (2008, p. 143) que

na sociedade tecnológica contemporânea, dessa forma, a construção da esfera privada passou a ser compreendida pela possibilidade de o indivíduo controlar o acesso e o uso dos dados que constituem sua identidade pessoal e permitem o livre desenvolvimento de sua personalidade (tais como: opinião política, convicções religiosas, vida sexual, dados de saúde e dados genéticos).

Para Limberger (2007, p. 208), os dados merecem essa proteção pois “traduzem aspectos da personalidade e revelam comportamentos e preferências”, tornando-se possível, “por meio dessas informações, produzir uma imagem total e pormenorizada da pessoa, que se poderia denominar de traços de personalidade”.

A reunião de informações pessoais, frequentemente coletadas no meio virtual, permite que

sejam elaborados perfis dos indivíduos, os quais são frequentemente utilizados por entidades públicas ou privadas para categorizar as preferências de seus usuários, servindo como norte para suas ações e estratégias. Além disso, a coleta de informações, que por vezes ocorre de maneira aleatória, em páginas pessoais de usuários, como redes sociais, gera um perfil virtual do indivíduo que não necessariamente coincide com sua personalidade real.

Dessa forma, para Rodotà (2008, p. 17), a privacidade exige “um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos”, sendo esse o resultado “de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade - de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser construída”.

Destarte, o direito à privacidade, compreendido por Martins (2013, p. 11) como o último reduto da liberdade, deixa de ser apenas um dever geral de abstenção e passa a implicar deveres de caráter positivo, de forma a conceder proteção ampla aos dados pessoais. Como exemplos de violação à privacidade, nessa acepção mais abrangente, têm-se a inclusão não autorizada do sujeito em cadastros e a alienação de dados pessoais de clientes entre empresas.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à privacidade assenta seu fundamento no artigo 5o, inciso X, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Além disso, sendo o direito à privacidade um direito fundamental, dessa proteção decorrem outros direitos constitucionais, como a inviolabilidade do domicílio e a proibição de publicidade do conteúdo de correspondências.

No plano infraconstitucional, o direito à privacidade é resguardado pelo Código Civil de 2002 que, em seu artigo 21, garante a inviolabilidade da vida privada, estabelecendo que caberá ao juiz, a critério do interessado, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário ao preceito. Cabe salientar que o legislador tratou esse direito, no Código Civil, de maneira muito retraída, dedicando-lhe apenas um artigo que não apresenta sequer um aspecto novo à disposição já contida na Constituição. Ao fazer uso da expressão vida privada, o legislador não acompanhou a concepção mais ampla desse direito, deixando de alcançar, de maneira expressa, a proteção de informações pessoais e de dados, hoje considerada característica fundamental da extensão do direito à privacidade.

Direito à autodeterminação informacional

Conforme exposto, o direito à privacidade, com o evoluir do tempo, passou a se estruturar, fundamentalmente, em torno da informação e, especialmente, dos dados pessoais. Nesse sentido, como espécie de gênero de direito, surge o direito à autodeterminação informacional ou à privacidade informacional, como será abordado neste capítulo.

Conceito

A mudança de paradigma para uma sociedade a cada instante mais calcada no acúmulo e na circulação de informações comportou o surgimento de um novo instrumento de base, qual seja “a questão da legitimação do poder fundado em informação, tanto no âmbito estatal como aquele vinculado à indústria” (RUARO; RODRIGUEZ, 2010, p. 189).

Não há, portanto, como negar que, diante do contexto epistemológico, o direito à privacidade

de teve suas fronteiras tradicionais alargadas, de maneira a tornar inconcebível sua compreensão como mera liberdade negativa de não intromissão na esfera doméstica. A proteção de dados pessoais se tornou um dos prismas do direito fundamental à liberdade, passando a garantir ao usuário o autocontrole de suas informações.

Nesse sentido, segundo Agostinho Eiras (1992, p. 9), o direito à autodeterminação informacional, ou à privacidade informacional, desponta como “a faculdade que tem o particular de determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais informatizados”. Como consequência da noção de autodeterminação, o indivíduo ganha o poder para que ele mesmo decida “acerca da utilização que pode ser feita das suas informações pessoais¹⁷¹, devendo ser o próprio a determinar quando, e em que medida, as revela” (CASTRO, 2005, p. 25).

Dessa forma, o direito à privacidade garante ao indivíduo o direito de manter sua vida privada afastada do conhecimento alheio, e o seu desdobramento – ou seja, o direito à autodeterminação informacional – possui “natureza positiva ao permitir que o próprio indivíduo controle o que deve ou não ser conhecido, e, mais ainda, em que medida, traduzindo ainda a faculdade de efetivamente influenciar no processo de tratamento de suas informações pessoais”.

A grande expansão das ferramentas de produção, de coleta e de armazenagem de dados, somada ao advento de mecanismos de processamento e de conexão de dados pessoais, como data mining e profiling, gera a perspectiva de que a autodeterminação informacional se encontra ameaçada.

Vale ainda ressaltar que a atividade informativa, protegida como direito à privacidade, como afirma Perlingieri (2008, p. 864), nunca é culturalmente neutra, muito menos uma atividade cuja função se encerre em si mesma, mas, ao contrário, está sempre submetida a uma garantia constitucional que contribua, como qualquer outra atividade, para o desenvolvimento da pessoa e sua participação na vida comunitária.

Princípios norteadores da autodeterminação informativa

Para a tutela efetiva dos dados informáticos, Rodotà (2008, p. 59) adverte ser necessário o estabelecimento de princípios e de instrumentos jurídicos adequados a esta nova situação. Dessa forma, com o escopo de impor limitações à coleta, ao tratamento e ao uso indevido de dados, bem como de garantir poder ao usuário para gerir o fluxo de seus dados, a doutrina, com base em documentos normativos internacionais¹⁷², destaca alguns princípios a serem observados.

Primeiramente, o princípio da transparência ou da publicidade estabelece que a existência de bancos de dados pessoais deverá ser de conhecimento público, sendo, portanto, necessário que haja autorização estatal prévia para a criação desse banco e que se proceda à divulgação periódica de relatórios sobre seu funcionamento¹⁷³. Pretende-se, dessa forma, impedir que as in-

171 Importante destacar que no artigo 2º, a, da Diretiva 95/46/CE do Conselho da Europa, os dados pessoais são definidos como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou sócia”.

172 Os princípios que guiam o direito à autodeterminação informacional podem ser extraídos da Convenção do Conselho da Europa para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, de 28 de janeiro de 1981, e da Recomendação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económicos para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais, de 23 de setembro de 1980.

173 “Não se pode mais conceber o presente direito em uma visão meramente negativa, em razão de sua evolução e da própria natureza dupla da informação, a qual, em razão de sua evolução e da própria natureza dupla da informação, a qual abrange a comunicação pública.” (SALES, 2014, p. 240).

formações pessoais sejam utilizadas sem o conhecimento de seu titular.

Nesse mesmo sentido, o princípio da finalidade obsta que os dados pessoais dos indivíduos sejam utilizados fora do contexto em que foram disponibilizados ou que lhes seja dado destino diverso àquele autorizado pelo usuário. Assim, qualquer uso de informações pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes de sua coleta, além de que a transferência delas a terceiros torna-se proibida, sem que haja a devida autorização.

Com o princípio da exatidão ou da qualidade, exige-se que os dados que compõem um banco de dados sejam fieis à realidade, isto é, deverão ser atualizados, completos e relevantes, correspondendo fidedignamente à informação fornecida pelo usuário¹⁷⁴. Fica estabelecido, portanto, o dever de cuidado que entidades governamentais e empresas privadas deverão ter ao realizar o acúmulo e o processamento de informações em catálogos.

Além de funcionar como justificativa para a limitação do acesso de terceiros a bancos de dados, Mendes (2008, p. 57) ressalta que o princípio da exatidão, “de forma semelhante, também serve como parâmetro para se julgar se determinado uso de dados pessoais é adequado e razoável, de acordo com a finalidade informada no primeiro momento ao interessado”.

Complementando esta ideia, o princípio do livre acesso ou do acesso individual impõe que os usuários tenham acesso às informações coletadas sobre si, sendo possível que obtenham cópias de seus registros, bem como retifiquem incorreções, integrem informações incompletas ou eliminem aquelas adquiridas ilegalmente.

E, por último, o princípio da segurança lógica e física refere-se à exigência básica de que os bancos de dados se mantenham sob estruturas seguras, de forma a impedir o acesso de terceiros não autorizados, bem como a proteger as informações pessoais contra modificações indevidas e extravios.

A proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro e seus desafios

Diversamente do que ocorre em países como Espanha, Portugal e Alemanha, a proteção aos dados pessoais, no Brasil, ainda não atingiu um nível de adequação suficiente para alcançar as novas situações surgidas com a sociedade da informação, inexistindo legislação específica para a matéria no ordenamento jurídico pátrio (LIMBERGER, 2007, p. 101).

A Constituição Federal de 1988, como já citado, reconhece em seu artigo 1o, III, o princípio da dignidade humana como valor axiológico central do sistema jurídico pátrio e, em seu artigo 5o, X, garante, como direito fundamental, a proteção à vida privada. Sendo os direitos fundamentais autoaplicáveis, “a inexistência de legislação específica que trate do direito à proteção de dados pessoais não pode constituir óbice para que se perfectibilize a sua defesa”, de forma que “caberia ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, tutelar a pretensão daqueles que pretendam ver seus dados pessoais protegidos, quer seja na relação de particulares, quer seja na seara do direito público” (RUARO; RODRIGUEZ, 2010, p. 176).

Em junho de 2012, o deputado Milton Monti apresentou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.060¹⁷⁵, com o intuito de estabelecer normas para tutelar os dados pessoais, conside-

174 De acordo com Sales (2014, p. 375), “a autenticidade não é a penas da informação em si, quer dizer, da correção do registro, mas também de todos os detalhes relacionados à mesma: onde, de que forma, por quem e por qual equipamento ou sistema ela foi reproduzida, expedida, recebida ou modificada”.

175 Atualmente, o referido projeto encontra-se aguardando Parecer do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

rando a individualidade e a privacidade das pessoas, sem, entretanto, impedir a livre iniciativa comercial e de comunicação.

Como constatam Araújo e Cavalheiro (2010, p. 210), “o referido projeto de lei, mesmo tratando-se de uma tentativa de regulação, volta-se para a afirmação do contexto da autorregulação, conforme se depreende de seu texto, demonstrando o anseio das empresas da Internet, servindo para ilustrar tal tendência pelo livre desenvolvimento da economia digital”.

Em 20 de outubro de 2015, o Ministério Público disponibilizou o conteúdo da nova versão do Anteprojeto Brasileiro de Proteção de Dados Pessoais, dispondo sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Logo no artigo 2º, inciso I, do Anteprojeto, fica estabelecido que a disciplina da proteção de dados pessoais no Brasil tem como fundamento o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa.

Prosseguindo, o Anteprojeto, em seu artigo 5º, define os dados em três categorias, quais sejam: (i) dado pessoal: relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos quando estiverem relacionados a uma pessoa; (ii) dados sensíveis: informações pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos ou biométricos; (iii) dados anonimizados: relativos a um titular que não possa ser identificado.

O documento estabelece, em seu artigo 6º, que as atividades de tratamento dos dados pessoais deverão observar a boa-fé, bem como os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, da qualidade dos dados, do livre acesso, da transparência e da segurança. Além disso, em seu artigo 7º, elenca o rol de situações que autorizam o tratamento de dados pessoais.

Dessa forma, sendo o Brasil o único país do Mercosul que ainda não possui legislação específica para a proteção de dados pessoais, o Anteprojeto apresentado pelo Ministério Público desponta como uma solução para o problema.

Importante destacar, para mais, que o habeas data representa uma ação que visa proteger os dados pessoais, assegurando um direito presente no ordenamento jurídico, ainda que não esteja previsto expressamente. Dessa forma, por meio de tal mecanismo processual, é possível restringir o coato a revelar a informação sobre o impetrante e, no caso da sua inexatidão, proceder a sua retificação.

Considerações finais

Por todo o exposto, constata-se que a privacidade, como forma de assegurar a dignidade humana, foi albergada pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, figurando, além disso, no rol de direitos da personalidade. Ocorre que, diante dos avanços informáticos, a proteção à privacidade depara com novas situações, revelando a necessidade de maximização da proteção concedida aos cidadãos, uma vez que o direito à informação respeita o direito à privacidade, ambos garantia constitucional, cujo exercício tem por finalidade a proteção da pessoa, nas suas relações existenciais frente a uma possível lesão pela tentativa do mercado em fazer prevalecer as relações patrimoniais sobre as existenciais.

Ultrapassando os limites iniciais de proteção, circunspecto ao resguardo das relações da esfera doméstica, o direito à privacidade alcança, por conta da evolução dos meios eletrônicos de

comunicação, a necessidade de proteger dados pessoais, uma vez que por meio desses dados, na atualidade, é possível alcançar a esfera da personalidade do indivíduo. No sentido, como espécie de proteção à privacidade, o direito à autodeterminação informacional surge como a faculdade que tem o particular de determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais informatizados.

Assim, o direito à autodeterminação informacional, compreendido como a faculdade que o particular possui de determinar e controlar o uso de seus dados pessoais, tem como escopo proteger os indivíduos da coleta e do tratamento indiscriminado de dados, como forma de se evitar que mecanismos, como a mineração de dados e o profiling, sejam realizados sem que haja o prévio conhecimento do usuário em prejuízo do direito à privacidade da pessoa, apenas para atender aos interesses do mercado.

Por fim, observa-se uma preocupação da sociedade brasileira a respeito da preservação das informações pessoais frente à modernidade do acesso de dados pelos meios eletrônicos, apesar do fato de que a legislação brasileira não vem acompanhando a mesma velocidade com que se desenvolveram as inovações tecnológicas, o que justifica a ausência de normas específicas para controlar o uso e o tratamento de dados pessoais. Como resposta à preocupação da sociedade, tramita no parlamento o Projeto de Lei nº 4.060 que tende a regulamentar Proteção de Dados Pessoais, tendo sido ofertadas, no ano de 2015, pelo Ministério Público, sugestões ao referido projeto, cujo interesse primordial é preservar o direito à autodeterminação das informações como garantia da preservação da pessoa frente ao mercado.

Referências

- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental à privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 9, n. 1, p. 209-226, jan./abr. 2014.
- ASCENSÃO, José Oliveira de. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BOURCIER, Danièle. *De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique*. *Droit et Société*, Paris, n. 49, p. 851, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDON, Dominique. *A democracia internet: promessas e limites*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro. Disponível em:<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2015.
- CORREA, Carlos Maria. *Informática, temas em debate*. Buenos Aires: Secretaría de

- Ciencia y Técnica, Subsecretaría de Informática y Desarrollo, 1987.
- DE CUPIS, Adriano. I Diritti della Personalità. Milano: A. Giuffrè, 1959.
- DONEDA, Danilo. Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. A proteção de dados pessoais na sociedade de consumo: para além da informação creditícia. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010.
- _____. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. Revista Internacional de Protección de Datos Personales, Bogotá, v. 1, p. 2-12, jul./dez. 2012.
- EIRAS, Agostinho. Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados. Coimbra: Coimbra, 1992.
- FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 8, p. 227-239, dez. 2013.
- GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 47, p. 141-153, 2008.
- GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.
- JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 354-400, maio/ago. 2013.
- LÉVY, Pierre. Cibercultura. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.
- _____. O que é virtual. Rio de Janeiro: Editora 34, 2008.
- LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARTINS, Andréia. Sexting: vingança, exposição e a intimidade compartilhada na internet. 2013. Disponível em: <<http://vestibular.uol.com.br/resumo-dasdisciplinas/atualidades/sexting-vinganca-exposicao-e-a-intimidade-compartilhada-nainternet.htm>>. Acesso em: 1 out. 2014.
- MENDES, Laura Schertel. Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- MILLER, Arthur R. The assault in privacy: computers, data banks and dossiers. [s. 1.]: The University of Michigan Press, 1971.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Santos de; SANTOS, Noemi de Freitas. Judicialização de conflitos no ciberespaço: desafios à liberdade de expressão na blogosfera. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 160-178, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 36, p. 178-199, jan./jun. 2010.

SALES, Ramiro Gonçalves. O direito de acesso à informação pública administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Fleury Juris, 2014.

SÁNCHEZ, Juan José Bonilla. Persona y derechos de la personalidad. Madrid: Reus, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). Sociedade da informação no Brasil: livro verde. Brasília: MCT, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. Revista Forense, v. 49, 2014.

THOMSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1995.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. Harvard Law Review, Boston, v. 4, n. 5, dec. 1890.

PESSOA E MERCADO: A DISTRIBUIÇÃO DE ENCARGOS DECORRENTE DOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

*Fernanda Nunes Barbosa*¹⁷⁶

Mapeamento do estado da arte e caracterização dos riscos do desenvolvimento

O desenvolvimento científico e tecnológico tem sido responsável pela criação e pela distribuição de novos produtos e serviços nos mais diversos ramos do comportamento e das necessidades humanas desde o século XVII¹⁷⁷. De lá para cá, o homem vem incrementando seu cotidiano, buscando a melhora de sua qualidade de vida por meio do aprimoramento de ferramentas, equipamentos, máquinas, enfim, técnicas que possibilitem, desde a produção de alimentos em maior escala, até o seu transporte pessoal e a comunicação a distância.

Em sentido amplo, no entanto, é preciso reconhecer que o tema proposto neste breve artigo não configura novidade. A evolução acompanha desde sempre a humanidade, sendo a expressão “estado da arte” utilizada para determinar o momento presente de um dado conhecimento. Mapear o estado da arte significa, para o que aqui se pretende abordar em especial, verificar o padrão (máximo) de qualidade de um bem (seja ele material ou imaterial) em determinado momento histórico, denotando o nível de desenvolvimento alcançado pelo conhecimento na respectiva área.

A novidade, por outro lado, pode ser verificada na rapidez com que o conhecimento vem evoluindo e, com ele, o estado da arte nos mais diversos segmentos, no que se reconhece o papel fundamental da pesquisa e de organizações de fomento a ela dedicadas desde o século XVIII¹⁷⁸. Essa rapidez, vista em um primeiro momento como positiva, quando aliada ao intuito lucrativo atualmente exacerbado¹⁷⁹ e ao grau crescente de periculosidade de produtos e serviços criados e incrementados a todo instante¹⁸⁰ e inseridos no mercado de consumo, gera uma dupla conse-

176 Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora e Advogada.

177 No século XVII, a chamada Revolução Científica (ou “nova filosofia”, “filosofia natural” ou “filosofia mecânica”) constituiu importante processo de inovação intelectual ainda mais autoconsciente do que o Renascimento (séc. XV e XVI), no qual foram incorporados conhecimentos alternativos aos já estabelecidos. Assim, a botânica se desenvolveu a partir do conhecimento de jardineiros e curandeiros populares, como a química, em razão da tradição artesanal da metalurgia. (BURKE, 2003, p. 42-43).

178 A ideia subjacente ao termo pesquisa “sugere uma consciência crescente, em certos círculos, da necessidade de buscas para que o conhecimento fosse sistemático, profissional, útil e cooperativo. [...] Por essas razões podemos falar de um deslocamento, em torno do ano de 1700, da ‘curiosidade’ para a ‘pesquisa’.” (BURKE, 2003, p. 48-49).

179 Mais do que em uma “economia de mercado”, vive-se, na contemporaneidade ocidental, em uma “sociedade de mercado”, na bem formulada crítica de Michael Sandel (2012).

180 Cabe registrar que a periculosidade, no que tange aos danos potenciais à pessoa, não atinge apenas aspectos físicos da personalidade humana, mas também aspectos psíquicos e intelectuais. Veja-se o caso da Boneca Hello Barbie, da fabricante Mattel. Em matéria publicada pela revista Exame, descrevia-se o novo brinquedo – “que não só fala, como é capaz de manter um diálogo complexo com a sua dona” – como uma novidade que estaria causando preocupações mesmo antes de começar a ser vendida. Isso porque a boneca, que se conecta à internet via Wi-Fi, usa a tecnologia de reconhecimento de voz para responder às perguntas e também grava as conversas que podem ser ouvidas posteriormente pelos pais. No entanto, relata a reportagem, “Acontece que o conteúdo é enviado, de imediato, para a Toy Talk, que faz a interpretação e armazena as frases antes de enviar uma resposta pré-gravada pela boneca à criança. Com isso, Hello Barbie pode responder a perguntas desenvolvidas a partir de dados colhidos em conversas anteriores, como a resposta da pergunta ‘o que eu deveria ser quando crescer?’. É aí que, apontam especialistas em privacidade, pode morar o perigo: ter revelados os pensamentos íntimos e detalhes das rotinas das crianças para desconhecidos”. Esse produto está sendo chamado de “Boneca Espiã” (NEWTON, 2015).

quência nefasta: de um lado, o problema da obsolescência (frequentemente programada)¹⁸¹ de produtos e serviços; de outro, o risco da ocorrência de danos¹⁸² e o consequente dilema da distribuição desse encargo, o que se convencionou chamar de risco do desenvolvimento.

Pergunta-se, então: a quem cabe o ônus de arcar com o risco do desenvolvimento? À vítima individual do dano ou àquele que coloca o produto ou serviço no mercado? Nesse caso, constata-se que haverá uma assimilação coletiva dos danos, uma vez que a redistribuição dos encargos via socialização de prejuízos afigura-se uma realidade. Nessa segunda hipótese, tem-se que a coletivização ou socialização pode se dar via imputação objetiva de responsabilidade civil (com o consequente repasse dos custos aos usuários dos serviços ou adquirentes dos produtos pelos responsáveis diretos) ou via implementação de um sistema de seguridade, que pode ser patrocinado por toda a coletividade ou por grupos determinados¹⁸³.

Neste momento ainda introdutório, mostra-se fundamental ressaltar a necessária distinção entre risco do desenvolvimento e risco da atividade. Este, expressão da Teoria do Risco que deu suporte à chamada responsabilidade objetiva, traduz-se no reconhecimento de que o risco deve ser arcado por aquele que o cria, sendo ainda passível de ser traduzido, quando a ele se agrega o elemento interesse, em risco proveito. Já o que se convencionou denominar risco do desenvolvimento não se caracteriza pelo fator risco, e sim pelo fator tempo. Dito de outro modo, é o tempo que dirá se o produto ou serviço é capaz de ocasionar um dano (não previsto) para os direitos de alguém, e não, em sentido estrito, o próprio produto ou serviço, pelo que dele se conhece. Isso desloca – e por isso dificulta – a análise, levando a distintos posicionamentos no que toca à pergunta já antes posta: a quem se deve atribuir tal encargo?

Ao redor do mundo, diferentes posturas foram adotadas. Limitando-se ao Ocidente, pode-se verificar dois sistemas principais: o norte-americano e o europeu. Nos Estados Unidos, são irressarcíveis tais danos, configurados como excludentes de responsabilidade. Da mesma forma ocorre em muitos países da Europa, já que a Diretiva nº 85/374 da Comunidade Econômica Eu-

181 Exemplo disso, conforme matéria publicada no site do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), é a lâmpada. “Quando criada, ela durava muito, mas as fabricantes viram que venderiam apenas um número limitado de unidades. Por isso, criaram uma fórmula para limitar o funcionamento das lâmpadas, que passaram a durar apenas mil horas.” Nesse sentido, o documentário “Comprar, tirar, comprar - The Light Bulb Conspiracy”, da diretora Cosima Dannoritzer, destaca a mesma matéria, “é um ótimo exemplo para que os consumidores vejam como a indústria tem trabalhado nos últimos 100 anos para promover o aumento do consumo com a oferta de produtos de qualidade inferior.” (ENTENDA..., 2016).

182 Conforme já mencionado em outras reflexões sobre o tema dos danos e da sociedade de risco, Giddens (1999, p. 3) aponta que “the origins of risk society can be traced to two fundamental transformations which are affecting our lives today. Each is connected to the increasing influence of science and technology, although not wholly determined by them. The first transformation can be called the end of the nature, and the second the end of tradition.” Segundo o sociólogo, de um lado, paramos de nos preocupar com o que a natureza poderia fazer ao homem e passamos a nos preocupar com o que o homem tem feito para a natureza; de outro, passou-se a viver a vida não mais como fatalidade, processo chamado por Ulrich Beck de “individualização”. De um ponto de vista positivo, a sociedade de risco expandiu as possibilidades de escolha, não havendo, no entanto, risco que possa ser descrito sem referência a um valor. (GIDDENS, 1999, p. 5). No autoconceito da sociedade de risco, conforme Beck, Giddens e Lash (1997, p. 19) “a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria”.

183 Desenvolveu-se o tema dos seguros de responsabilidade civil no artigo “O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades”, que comporá a obra Responsabilidade Civil do Profissional Liberal, Coord. Maria Celina Bodin de Moraes e Gisela da Cruz Sampaio (no prelo).

ropeia (CEE) assim permite¹⁸⁴. Países como Bélgica, Dinamarca, França, Luxemburgo e Irlanda, desde a publicação da Diretiva, todavia, já apontavam para o dever de reparação em tais hipóteses, utilizando a solidariedade como principal fundamento (MENEZES, 2012, p. 2-3).

No Brasil, por sua vez, o legislador deixou em aberto o problema. Daí, inclusive, a crítica levantada por Adalberto Pasqualotto, de que se perdeu, no momento de atualização da legislação brasileira sobre direito do consumidor, uma grande oportunidade de inclusão da matéria no Código de Defesa do Consumidor de forma expressa. De fato, com as modificações que se pretende introduzir pelos Projetos nº 281 e nº 283 do Senado¹⁸⁵, o consumidor passará a ser protegido de forma mais efetiva em um grande número de casos. Por outro lado, algumas ausências são sentidas, permanecendo em aberto questões como o fato concorrente da vítima no processo de responsabilização civil do fornecedor, as indenizações às vítimas do tabaco e a regulamentação sobre o risco do desenvolvimento (PASQUALOTTO, 2011, p. 16-19). Para o autor, em um país que é “quintal de produtos superados” e “teste de novos produtos”, seria importante que fosse imposta uma das seguintes alternativas: i. a estipulação de prazo limitado de responsabilidade

184 Confira-se, nesse sentido, os arts. 7º e 15º: “Artigo 7º - O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: a) Que não colocou o produto em circulação; b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente; c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua actividade profissional; d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito, f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes do produto.” (g.n.) E: “Artigo 15º - 1. Qualquer Estado-membro pode: a) Em derrogação do artigo 2º, prever na sua legislação que, na acepção do artigo 1º, a palavra ‘produto’ designa igualmente as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça; b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito; 2. O Estado-membro que desejar introduzir a medida prevista no 1º, alínea b), comunicará à Comissão o texto da medida em causa. A Comissão informará desse facto os Estados membros. O Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de nove meses a contar da informação à Comissão, e na condição de que esta não tenha entretanto submetido ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva respeitante à matéria em causa. Se, contudo, a Comissão não comunicar ao Estado-membro interessado, no prazo de três meses a contar da recepção da referida informação, a sua intenção de apresentar tal proposta ao Conselho, o Estado-membro pode tomar imediatamente a medida prevista. Se a Comissão apresentar ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva no prazo de nove meses acima mencionado, o Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de dezoito meses a contar da apresentação da referida proposta. 3. Dez anos após a data de notificação da presente directiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à protecção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribunais da alínea e) do artigo 7º e do 1º, alínea b), do presente artigo. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100º do Tratado, decidirá a revogação da alínea e) do artigo 7º.” (g.n.)

185 Ambos os pareceres do Senador Ricardo Ferraço, pela aprovação dos Projetos de Leis foram aprovados na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Do site do Senador Federal, colhe-se que, na data de 08 de setembro de 2015, “foi encaminhado à publicação o Parecer nº 698, de 2015 – CCJ, Relator Senador Ricardo Ferraço, pela aprovação dos PLS 281/2012 e 283/2012, com acolhimento das emendas nº 35 e 44 (rejeição das emendas nº 33 e 34), e: 1. declaração de prejudicialidade, por suas ideias básicas já estarem contempladas nos PLS elaborados pela Comissão de Juristas do Senado Federal, os seguintes projetos de lei apensados: PLS 6/2011, PLS 271/2011, PLC 106/2011, PLS 439/2011, PLS 222/2012 E PLS 371/2012. 2. rejeição, pois os temas foram tratados de forma diferente nestes projetos, os seguintes projetos de lei apensados: PLS 458/2012 e PLS 277/2013. 3. acolhimento das ideias básicas, que passam a integrar os substitutivos, os seguintes projetos de lei apensados: PLS 197/2012, PLS 394/2013 e PLS 509/2013. 4. desapensamento dos seguintes projetos, que não foram examinados, pois tratam de temas não incluídos na versão final da atualização do Código de Defesa do Consumidor, podendo continuar a ser examinados por seus próprios méritos: PLS 65/2011, PLS 452/2011, PLS 460/2011, PLS 463/2011, PLS 470/2011, PLS 97/2012, PLS 209/2012, PLS 397/2012, PLS 413/2012, PLS 457/2012, PLS 459/2012, PLS 464/2012, PLS 24/2013 e PLS 392/2013; na forma dos Substitutivos (Emendas nºs 36 e 45 – CCJ)”. Acesso em: 13 set. 2015.

integral (10 anos, por exemplo)¹⁸⁶, podendo variar conforme o produto; ou ii. a limitação da indenização ao grau de suportabilidade econômica da empresa, tendo em vista a sua função social (referindo-se, ainda, à possível criação de um fundo, formado pela contribuição obrigatória das empresas) (PASQUALOTTO, 2011, p. 16-19).

O fato é que não consta dos projetos de atualização do Código de Defesa do Consumidor nenhuma dessas alternativas nem qualquer menção aos artigos relativos à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, terreno da responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. O referido projeto, baseado, segundo a Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto, numa tríplice dimensão que engloba, além da “dimensão da base constitucional” e da “dimensão da base ético-inclusiva e solidarista”, a “dimensão da base da confiança, efetividade e segurança”,¹⁸⁷ nada disse sobre o risco do desenvolvimento, fosse para reconhecê-lo como eximente do dever de indenizar, fosse para, finalmente, reconhecê-lo como incapaz de afastar a responsabilidade civil do fornecedor na legislação consumerista, tendo em vista que milita em favor do consumidor, como vulnerável dessa relação jurídica, os suprarreferidos valores da confiança (de que produtos e serviços postos no mercado são seguros), da efetividade (quanto à proteção de seus interesses no campo pessoal e patrimonial) e da segurança (quanto à sua vida e saúde).

Nesse cenário, o estado da arte no terreno legislativo nacional não aponta mudanças a curto prazo. E a doutrina, a quem compete a tarefa de estudar o sistema normativo de modo a melhor elaborar sua interpretação lógica, sistemática e teleológica¹⁸⁸, apresenta-se divergente quanto à solução que deve ser dada a esse problema jurídico¹⁸⁹, como bem apontam Marcelo Junqueira Calixto (2005, p. 84-93) e Marcos Catalan (2010, p. 124-127) em suas apuradas análises da doutrina pátria.

Solidariedade social como fundamento principiológico do direito de danos em construção no Brasil

Alguns autores afirmam que “a ampla socialização dos riscos pode tirar o incentivo da tomada de precaução diante dos riscos e da prevenção de perigos”¹⁹⁰ daqueles a quem se pode vir a atribuir responsabilidades. Segundo Teresa Ancona Lopez (2010, p. 55), “a socialização dos riscos

186 Este é também o posicionamento de Calixto (2005, p. 91-92), após reconhecer a responsabilidade dos fornecedores pelo risco do desenvolvimento, uma vez que “ao adquirir os produtos, os consumidores têm a legítima expectativa que os mesmos, se utilizados corretamente, não lhes acarretarão danos”. E adiante afirma o autor: “[...] Entretanto, não se pode levar esta responsabilização ao extremo da perpetuidade, o que poderia onerar em demasia o fornecedor e dificultar a celebração, por parte deste, de seguros de responsabilidade civil. Apresenta-se, em consequência, como razoável a limitação temporal desta responsabilidade, podendo ser aplicado o prazo máximo previsto em nosso direito, qual seja, o prazo de dez anos constante do art. 205 do Código Civil.”

187 Sobre os projetos de atualização do Código de Defesa do Consumidor e as dimensões, veja-se Benjamin e Marques (2014).

188 Em Professores ou juízes?, Maria Celina Bodin de Moraes (2014) aborda o papel da doutrina em países de common law e em países de civil law, apontando que, “independentemente das evidentes e iniludíveis aproximações entre os dois sistemas, a diferença estrutural que os distingue baseia-se justamente no fato de que a força e o poder de um estã na teoria e na exegese; do outro, na prática e na pericia. Nos sistemas romano-germânicos entende-se haver uma “ciência”, decorrente do conhecimento do ordenamento, visto como um sistema que, composto pelo corpo de normas contidas em diplomas legislativos diversos, é dotado de algumas características essenciais: a unidade e a coerência. Daí, portanto, ser um direito doutoral, de professores, aqueles que em virtude de estudos aprofundados acerca do sistema, impossíveis de ser realizados no dia a dia por força das demandas cotidianas do julgar, melhor conhecem e, em consequência, melhor elaboram sua interpretação lógica, sistemática e teleológica.

189 Podem ser destacados, não sem alguma cautela, entendimentos consolidados por meio de Enunciados doutrinários, como os recolhidos das Jornadas de Direito Civil do CFJ. Da I Jornada de Dir. Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n. 43, relativamente ao art. 931 do CC/02, prescreve: “A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento.”

190 Nesse sentido, entre outros, Lopez (2010, p. 55).

não acaba com os riscos, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos”.

Verifica-se atualmente que a função reparadora da responsabilidade civil passa a ser exercida, em larga medida, não mais pelo efetivo causador da ofensa (ou melhor, o causador material do dano segundo uma análise de nexos etiológico), como outrora, mas por meio de mecanismos que levam à diluição desses prejuízos entre uma coletividade de pessoas. Primeiro pela imputação de uma responsabilização cada vez mais objetiva, isto é, que passa a atribuir o ônus do dano a um agente determinado, tendo em vista, especialmente, a máxima que determina que quem tenha o ônus de uma atividade deve, por consequência, também arcar com o seu ônus. Depois, pelo desdobramento lógico da imputação objetiva a partir de uma análise econômica: a criação de seguros privados, facultativos e obrigatórios, e por fundos de garantia por meio dos quais o responsável objetivo pelo dever de reparar socializará suas perdas.

Tal evolução no sistema de responsabilidade civil, se não gera como consequência o afastamento de todo risco, é indiscutível que ao menos cumpre o mandamento constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988), no sentido de que reconhece que o dano provocado a um integrante da coletividade é tido como um dano a toda a sociedade. “Qualquer dano, embora aparentemente obedecendo a um caráter individualista, interessa ao corpo social” (VIEIRA, 2004, p. 87). Conforme destaca Teresa Negreiros (2006, p. 95-96), “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde antes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”.

Essa direção objetivista e solidarista pode ser considerada um benefício tanto para a vítima como para a coletividade, integralmente exposta às transgressões de massa inerentes aos novos riscos da industrialização, da massificação, do desenvolvimento tecnológico, etc (VIEIRA, 2004, p. 95-96).

Domenico de Masi (2000, p. 69) faz importante reflexão sobre a passagem da sociedade industrial para a pós-industrial a partir da constatação de que:

Na sociedade industrial, era a indústria que definia o futuro do homem, e o problema que se colocava aos trabalhadores era influenciar esta definição. Hoje, ao contrário, trata-se de exercer esta influência na sede onde são tomadas as decisões estratégicas, onde, por exemplo, se escolhe se e como devem ser produzidas mais bactérias para fins bélicos, ou mais proteínas para fins nutritivos.

Assim, continua o autor em outra passagem:

Na sociedade pós-industrial tudo é programado de antemão: quando percebemos as consequências, já é tarde demais para obstar a decisão da qual elas decorrem. Do mesmo modo, na sociedade programada, os consumidores em geral não conhecem as decisões que pendem hoje sobre suas cabeças; agora que eles poderiam obstá-las, não sabem quais elas são, onde e quem as está tomando. [Enfim], quando o consumidor é ‘colonizado’ com novos produtos, já é impossível para ele evitar este novo domínio decidido muito antes por outros em algum outro lugar do mundo” (DE MASI, 2000, p. 72, grifado no original).

Nessa “nova responsabilidade civil”, que surge a partir de um cenário histórico-cultural e econômico-social distinto, na qual o ato ilícito, como fonte do dever de indenizar, cede espaço ao dano injusto, tem-se como consequência que, sobre a vítima, não deverá recair o ônus de perquirir quem especificamente e em que grau lhe foi causado dano – inclusive porque suas causas

eram ignoradas no processo produtivo –, uma vez que aparece como instrumento de atentado a toda a coletividade (VIEIRA, 2004, p. 95). A ideia de justiça comutativa – corretiva –, que presidiu o direito civil dos contratos e da responsabilidade civil, cede espaço à de justiça distributiva, na qual se dará a articulação de ônus e encargos.

Da identificação de responsabilidades à partição dos ônus sociais

O problema da necessária identificação do sujeito para fins de imputação da responsabilidade civil por atos danosos iniciou seu declínio no Ocidente ainda no século XIX, quando o reconhecimento de uma responsabilidade de caráter objetivo afastou a necessidade de identificação do agente causador do fato danoso¹⁹¹. Desde então, também no Brasil – inicialmente com a edição do Decreto nº 2.681/2012¹⁹² e contemporaneamente com a previsão legal de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002¹⁹³ –, a indispensável identificação de responsabilidades cedeu lugar à partição dos ônus sociais entre o (ou um) grupo. A busca de seu fundamento é que passa a ser objeto de análise, considerando as especificidades do chamado “risco do desenvolvimento”¹⁹⁴.

Consoante já se referiu, o risco do desenvolvimento não se identifica com a ideia de risco em toda sua extensão. Isso porque, ainda que em ambos os casos se possa atribuir a criação de um perigo a alguém, na hipótese de risco do desenvolvimento tais perigos são desconhecidos, o que aponta para um aspecto menos óbvio da responsabilidade do fornecedor. E mais, muitas vezes tais perigos (desconhecidos, insista-se) constituem a chance para um ganho superlativo por parte do futuro lesado, como ocorre na seara dos medicamentos, dos avanços tecnológicos em termos de comunicação a distância e de transporte, só para citar os mais destacados. Se a teoria do risco pode ser considerada suficiente para a imputação de responsabilidade àquele que, pela colocação no mercado de produtos e serviços (perigosos ou não), mas cujos riscos são conhecidos (ou conhecíveis), na medida em que tanto ao agente como ao lesado é possível o reconhecimento do risco envolvido, a falta de consciência dessa circunstância constitui aspecto que não deve ser ignorado para a completa análise do fenômeno jurídico nas hipóteses do chamado risco do de-

191 Na síntese de Moraes (2006, p. 12), em 1838 editou-se a lei prussiana sobre acidentes ferroviários; em 1861, a lei das minas e, a partir de 1884, o governo de Bismarck determinou também a responsabilização do empreendedor, através de um seguro social, quanto aos danos causados por ocasião do trabalho. “A razão de justiça subjacente a tais leis era antiga e se baseava em princípio elaborado no jusnaturalismo casuista romano. De fato, já Paulo expressara no Digesto (D. 50, 17, 10): ‘Secundum naturam est, commoda cuiusque rei unum sequi, quem sequentur incommoda’, no que foi seguido, no direito canônico, por Dino, no Liber Sextus (5, 13, 55): ‘Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra’. Tal princípio vem expressar a idéia segundo a qual quem obtém as vantagens de uma determinada situação, deve assumir seus inconvenientes, sendo frequentemente citado na seguinte formulação: ‘ubi emolumentum, ibi onus.’ Na França, a noção de risco foi introduzida em 1896, por uma decisão da Corte de Cassação (decisão ‘Teffaine’, em que o empregador foi condenado pela explosão de caldeira, introduzindo a noção de risco no direito francês), no que se seguiu a elaboração legislativa, em 1898, com a promulgação da lei francesa sobre acidentes de trabalho”.

192 O Dec. 2.681, embora utilizasse a expressão culpa presumida, foi forjado no âmbito do risco criado ao viajante. Em 1919 foi promulgada a primeira lei acidentária brasileira (Dec. Leg. 3.724/1919), com base na teoria do risco profissional, “adotada em todas as sucessivas leis especiais sobre acidentes de trabalho que vigoraram no país até 1967, quando o seguro foi integrado à Previdência Social, e passaram a carecer de fundamento as coberturas com base na responsabilidade civil do patrão. De acordo com a teoria atualmente em vigor nesta área, a teoria do risco social, a responsabilidade pelos danos advindos dos acidentes do trabalho deve ser da coletividade, tendo em vista a função social que a empresa desempenha.” (MORAES, 2006, p. 13).

193 Art. 927, parágrafo único, do CC 2002.

194 Refere-se, por parecer bastante precisa, a observação de Jean-Luc Fagnart (“La responsabilité du fait des produits em droit belge”), que afirma ser, a expressão “risco do desenvolvimento”, um tanto “infeliz”, na medida em que o desenvolvimento da ciência não constituiria um risco, mas sim o seu oposto, isto é, a busca pelo seu afastamento nos diversos campos do conhecimento. Da mesma forma, destaca-se a posição de Maria Angeles Parra Lacan (“Daños por productos defectuosos”), para quem a expressão seria uma abreviação de “riscos que o desenvolvimento técnico e científico permite descobrir”. Ambas as referências são encontradas em: Calixto (2005, p. 75).

envolvimento.

Ainda que se possa reconhecer nos dois casos o fundamento da solidariedade abordado no item supra, bem como o caminho do incremento de um sistema nacional (ou mesmo internacional) de seguridade como solução pragmática para o alcance do equilíbrio de perdas e ganhos para todos os envolvidos – e acima de tudo para a sociedade –, é preciso destacar que a complexidade do tema reside na singularidade do problema.

Atribuir, de forma simplista e sem outras considerações, a responsabilidade do fornecedor à ideia de risco criado, equiparando em plenitude a responsabilidade por tal risco à responsabilidade pelo risco do desenvolvimento pode gerar o efeito contrário: prejudicar aqueles a quem o sistema visa tutelar, como, repise-se, os necessitados de tratamentos médicos.

Nesse sentido, o melhor caminho parece ser o da socialização dos prejuízos decorrentes do risco do desenvolvimento a partir da criação de um sistema de seguridade, que leve em conta os elementos abordados por Adalberto Pasqualotto (2011)¹⁹⁵, como o prazo dentro do qual o defeito foi constatado; o tipo de produto em questão (em especial, o seu maior ou menor potencial benéfico para a sociedade); e a suportabilidade econômica da empresa que o patrocina.

Entende-se que afastar de todo a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento significaria atribuí-la ao sujeito vulnerável dessa relação, em afronta aos mandamentos constitucionais da proteção do vulnerável dos arts. 5º, XXXII, e 170, V, bem como à ratio legis de todo o Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁶. Não se trata de defender aqui a responsabilidade pelo risco integral, uma vez que pressupõe a responsabilização independentemente da existência concreta de uma excludente de responsabilidade civil¹⁹⁷. Na hipótese de responsabilidade pelo

195 Vide nota 186 e Pasqualotto (2011, p. 16-19).

196 Destacam-se aqui apenas alguns dos importantes dispositivos da lei protetiva nesse sentido: “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.” “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.” “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” (g.n.)

197 O Código de Defesa do Consumidor não prevê a responsabilidade pelo risco integral, conforme se verifica do art. 12, § 3º, da Lei, que assim dispõe: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” (g.n.)

risco do desenvolvimento, o defeito, pressuposto da responsabilidade, existe. Portanto, há nexo causal entre a sua fabricação e colocação no mercado e o dano suportado pela vítima¹⁹⁸.

Assim, entende-se que os danos advindos da produção no mercado de consumo não podem ser suportados individualmente pelas vítimas, consumidores (vulneráveis e por vezes hipervulneráveis), mas tais custos devem ser arcados pela sociedade.

Conforme sustenta François Ewald (1986), atualmente há a noção de um deslocamento da fonte e do fundamento da responsabilidade do indivíduo para a sociedade. A noção de responsabilidade “troca de matriz: não é mais a qualidade de um sujeito; é, antes disso, a consequência de um fato social” (EWALD, 1986, p. 354). A sociedade não mais é concebida como agregação de indivíduos que se ligam em função de interesses pessoais, mas como totalidade, alguns dependentes de outros, que a conceberam seguindo o “princípio de solidarité” (EWALD, 1986, p. 354) (ou de “mutualité”), gerando uma modificação no que tange à incidência da casualidade e do destino em função da equidade. O seguro torna-se então uma “technologie juridique” (EWALD, 1986, p. 356), e, ao que parece, a saída mais viável para alcançar a harmonia entre os interesses individuais, sociais e econômicos envolvidos nas crescentes hipóteses de danos ocasionados pelo chamado risco do desenvolvimento.

Referências

- BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. Extrato do relatório-geral da Comissão de Juristas do Senado Federal sobre a atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). Revista de Direito do Consumidor, v. 92, p. 303-366, mar./abr. 2014.
- BURKE, Peter. Uma história social do conhecimento - I: de Gutenberg a Diderot. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 21, jan./mar. 2005, p. 53-93.
- CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. Revista de Direito do Consumidor, v. 74, p. 113-153, abr./jun. 2010.
- DE MASI, Domenico. A sociedade pós-industrial. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000.
- ENTENDA O QUE É OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA. [2016]. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/entenda-o-que-e-obsolencia-programada>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- EWALD, François. L'Etat providence. Paris: Bernard Grasset, 1986.

198 Não se nega, por outro lado, que a prova deste nexo possa ser de difícil afirmação em determinados casos, como bem refere Menezes (2012, p. 12-13). Segundo a autora: “O risco a que se refere Beck (1997) e que é evocado por Ewald (2000) envolve outra perspectiva. Seus efeitos danosos podem assumir uma dimensão difusa e bem ulterior ao desenvolvimento de uma atividade específica, potencialmente geradora, dificultando a construção do nexo causal capaz de apontar para sujeitos individuais.

Seriam aqueles tipos de danos cuja origem a ciência desconhece ao tempo do lançamento do produto e/ou atividade e ainda que tardam a aparecer, escapando, muitas vezes, da relação intersubjetiva produtor e consumidor primário. Exemplo paradigmático seria o do dano sofrido pelas mulheres, filhas expostas de usuárias do diethylstilbestrol (DES)¹⁰ no período gestacional. O risco do produto somente se materializou em dano para as filhas das usuárias, vitimadas com câncer urogenital na faixa etária dos 15 aos 30 anos, e não para as efetivas usuárias. A esse tempo, passados tantos anos do consumo do produto pela geração antecedente, não se conseguia identificar o fabricante específico do produto consumido, a fim de se lhes imputar individualmente o dever ressarcitório. Quando muito se identificou o grupo de empresas que lançou a substância no mercado no período àquele tempo.”

- GIDDENS, Anthony. Risk and Responsibility. *Modern Law Review*, v. 62, n. 1, p. 1-10, jan. 1999.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jul./set. 2012, p. 2-3. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Menezes-civilistica.com-a.2.n.4.2013.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Professores ou juízes? Editorial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Editorial-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- _____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006.
- _____; SAMPAIO, Gisela da Cruz (Coord.). *Responsabilidade civil do profissional liberal*. (no prelo).
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEWTON, Richard. Barbie que conversa com crianças é acusada de ser espia. *Revista Exame*, 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/barbie-que-conversa-com-criancas-e-acusada-de-ser-espia>>. Acesso em: 5 jan. 2016.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 78, abr./jun. 2011, p. 11-20.
- SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FACEBOOK COMO O NOVO “BIG BROTHER”: UMA ABERTURA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR VIOLAÇÃO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Hian Silva Colaço¹⁹⁹

Joyceane Bezerra de Menezes²⁰⁰

“The new consumer is the product itself.”

John Perry Barlow

Introdução

A sociedade da informação digital se organiza por meio das “redes”, difundindo-se uma lógica de interconexão que modificou substancialmente os resultados dos processos produtivos de experiência, poder e cultura. Integrar-se ao meio virtual não é mais uma opção, mas uma necessidade, haja vista que as pessoas não conectadas caminham para uma espécie de “morte social”. Todos querem estar conectados.

Recentemente, o Facebook, a rede social mais popular no mundo, comemorou a marca de 1 bilhão de pessoas conectadas no mundo. No Brasil, cerca de metade da população tem acesso à internet, entre a qual 83% estão integrados ao Facebook, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. O impulso que leva a essa conexão e à exibição pública não é apenas uma característica do público adolescente, mas também atinge a todos os que vivem no mundo líquido-moderno.

As experiências passaram a ser vivenciadas entre o universo palpável e o virtual, de sorte que a informação pessoal compartilhada nas redes digitais se tornou bem econômico para o ambiente palpável. Os aspectos mais íntimos da personalidade são expostos no ambiente virtual e codificados em dados, os quais, muitas vezes, são tratados de forma indevida e desproporcional, em desobediência à finalidade precípua para qual foram concedidos.

No afã de integrar o circuito da rede, as pessoas compartilham dados gerais e aqueles mais íntimos de sua personalidade, divulgando preferências, desejos, projetos. Tais informações convertem-se em objeto de negociação entre a empresa Facebook e às suas parceiras. O manejo dessas informações alimenta todo um nicho de mercado. Por meio da comercialização desses dados, a publicidade das empresas pode ser dirigida ao público certo.

Embora o usuário não seja chamado a pagar pelo serviço que lhe é disponibilizado, a relação estabelecida entre ele e o Facebook é considerada uma relação de consumo. As informações pessoais que fazem circular no sistema, facilmente comercializáveis pela rede com as empresas parceiras, são a sua contrapartida econômica. Além desses dados postados pelos usuários, o Fa-

199 Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduando em Direito e Processo Constitucionais pela UNIFOR. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional nas Relações Privadas. Advogado. E-mail: hiancolaco@hotmail.com.

200 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza, na Disciplina de Direitos de Personalidade. Professora Adjunto da Universidade Federal do Ceará. E-mail: joyceane@unifor.br.

cebook tem o potencial de coletar outras informações como a sua localização geográfica e os temas que pesquisou na web world wide, ainda quando estava desconectado.

Por exercer o domínio sobre as informações de bilhões de usuários, o Facebook constitui uma ferramenta valiosa no mercado de consumo, com a intensa aptidão para influenciar o modo de pensar, agir e até mesmo de consumir. Em razão do potencial de vigilância que exerce, o Facebook funciona como um tipo de “Big Brother”, mencionado por George Orwell, no livro intitulado 1984.

Embora os termos de privacidade do Facebook mostrem certo poder de controle do usuário sobre as suas informações, notadamente quanto ao acesso de suas postagens por terceiros, à decisão sobre a extensão de suas publicações e à ativação de filtros que permitam-lhe conhecer a marcação de seu nome em publicações de terceiros, há uma grande lacuna sobre o tratamento dos seus dados pessoais por parte do provedor de conteúdo e o compartilhamento deles com as empresas que lhes são parceiras.

Cumprido ao presente estudo analisar a política de privacidade estabelecida por essa rede social, especialmente no que toca à cláusula que permite o acesso à localização instantânea de todos os seus usuários, assim como o rastreamento das pesquisas que eles realizam nos sites de empresas parceiras, independentemente de estarem conectados à rede. Essa faculdade que o Facebook desenvolve é a que, mais claramente, o identifica como aquele “olho que tudo vê”.

Embora se possa afirmar que a decisão por se inscrever e se conectar ao Facebook é fruto da autonomia do sujeito, a política de funcionamento e de privacidade da rede não pode estabelecer cláusulas excessivas que venham a malferir um direito fundamental e de personalidade. Nem mesmo a adesão às normas contratuais legitimaria malversação dos dados pessoais dos usuários, na medida em que eles preservam o direito de controlar as informações. A autodeterminação informativa, tal como definida por Stéfano Rodotà (2008, p. 19), é um direito fundamental autônomo, corolário da dignidade da pessoa humana e originado da ampliação do direito de privacidade. Apesar das demandas por segurança, é necessário cuidar para que a pessoa não seja transmutada em um mero objeto de excessiva e constante vigilância.

Diante de tudo isso, importa ao presente texto averiguar a validade de duas cláusulas presentes nos termos de privacidade dessa rede social que autoriza o acesso às pesquisas realizadas pelos usuários em sites parceiros e ainda lhe permite identificar a sua localização geográfica a partir das informações extraídas de ferramentas contidas em aparelhos móveis (Wi-Fi, GPS e Bluetooth).

Observa-se que não há limitações presentes nos termos de privacidade do Facebook quanto ao tratamento dos dados disponibilizados pelos seus usuários, demonstrando flagrante desobediência aos princípios relacionados à proteção de dados, como o da transparência, da proporcionalidade e da finalidade. Do mesmo modo, não existe previsão quanto à proibição de comercialização de dados sensíveis, assim como o cruzamento de dados com as empresas parceiras, o que pode resultar em violação ao direito à autodeterminação informativa.

Entende-se que essas cláusulas são abusivas e expressam verdadeira renúncia ao direito à privacidade. Desse modo, seriam pertinentes as medidas judiciais cabíveis à tutela da pessoa, seja por meio da responsabilidade civil ou por outras alternativas hábeis, como a declaração de nulidade das cláusulas em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público.

O texto se inicia tratando do fenômeno da constitucionalização do direito civil e do delinea-

mento do direito à privacidade para identificar o que é autodeterminação informativa. Aborda a tutela da pessoa e dos seus dados no mercado de consumo, de modo a demarcar os instrumentos que protegem a autodeterminação informativa no direito brasileiro, analisando a legalidade e a legitimidade das cláusulas do termo de privacidade citado. Por fim, apontam-se as alternativas jurídicas que podem ser aplicadas para restabelecer o direito do usuário.

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa segue uma abordagem qualitativa, descritiva e exploratória no que toca aos objetivos; bibliográfica quanto ao tipo; pura quanto ao manejo dos resultados, colhidos a partir de um estudo descritivo-analítico, com base na análise do contrato de utilização da rede social Facebook e do respectivo termo de privacidade, de modo a confrontá-lo com a base teórica colhida.

A constitucionalização do direito civil e seus influxos sobre a reengenharia da responsabilidade civil: as novas fronteiras do direito privado

A partir das duas grandes guerras mundiais ocorridas no século XX, foi possível observar maiores mudanças no plano do direito privado. Houve uma reengenharia na disciplina das atividades econômicas, da autonomia negocial e da responsabilidade, a fim de permitir uma proteção integral e efetiva à pessoa, mediante a incidência de instrumentos originários do direito público e a franca intervenção do Estado (GIORGIANNI, 1998, p. 44, 50). O resultado foi a socialização ou publicização do direito privado, agora permeado por figuras que eram exclusivas do direito público.

A própria soberania constitucional, a expansão dos direitos fundamentais, a distribuição constitucional de competência legislativa em matéria privada e a criação da jurisdição constitucional também favoreceram o esmaecimento das fronteiras entre o direito público e privado, constitucionalizando o direito civil. Pelo primado da Constituição, as normas constitucionais se consubstanciaram como um sistema de valores condicionantes de todos os campos do direito. Passaram a vincular não apenas os administradores públicos, mas também o legislador, os juízes e os cidadãos no exercício de sua liberdade e autonomia. Como resultado, nenhuma prescrição jurídico-civil poderia confrontar as normas constitucionais ou mesmo sofrer interpretação dissonante do seu espírito²⁰¹. O direito civil perdeu a condição de “constituição do direito privado” e já não se sustenta sem o influxo das normas constitucionais.

A consolidação democrática e a edificação de uma ordem constitucional permeada por valores humanitários corolários do princípio da dignidade da pessoa humana trouxeram sensíveis mudanças para o direito civil, fazendo prevalecer as situações subjetivas existenciais às situações subjetivas patrimoniais. O foco do direito civil passa a ser a pessoa nas suas relações existenciais, o que demarca o fenômeno também conhecido como “despatrimonialização do direito privado” (MORAES, 2010, p. 12).

Toda essa mudança operada no âmbito do direito civil pela eficácia das normas constitucionais constitui o que se denomina constitucionalização do direito civil. A norma constitucional

201 Esse processo de publicização do direito sofre as críticas de Hesse (1995, p. 61-63), por comprometer severamente a autonomia privada, eixo central do direito privado, e ainda por inflacionar e distorcer as competências da jurisdição constitucional para onde seguem as demandas que transbordam da jurisdição cível. Para ele, cabe “al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada” (HESSE, 1995, p. 63-64).

assume decisiva importância para as relações civilistas – seja mediante a aplicação direta ou como vetor interpretativo das normas infraconstitucionais. Já não se pode falar em direito civil como a constituição do direito privado esperando-se que ali houvesse um segmento independente e autônomo do direito em face da Constituição. Compreende-se, do contrário que a unidade do ordenamento jurídico traz a integral dependência do direito civil em relação às normas constitucionais, das quais se extraem os valores de justiça praticados e reconhecidos pela comunidade.

A norma constitucional não configura mero limite para o legislador ordinário ou conjunto de máximas gerais desprovidas de força normativa. Por meio delas, é possível realizar a legalidade constitucional, de modo a viabilizar a realização dos valores fundamentais seja pela atuação hermenêutica, seja pela aplicabilidade direta (PERLINGIERI, 2008, p. 572-573). As normas constitucionais também podem ser consideradas normas de comportamento, aptas a uma incidência imediata nas relações jurídicas subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores fundamentais (PERLINGIERI, 2008, p. 590). Por meio das normas constitucionais, reafirmam-se a unidade do ordenamento e a superação das fronteiras entre o direito público e o privado.

Nesse contexto, permitiu-se o delineamento de um direito civil mais humanizado e alinhado às questões de natureza existenciais, revitalizando e funcionalizando os institutos tradicionais pelos valores constitucionais. A família passou a ser instrumentalizada pela função de garantir o livre desenvolvimento de seus membros. O contrato e a propriedade tiveram de ser subordinados ao cumprimento de uma função social, assumindo caráter solidarista que o individualismo liberal desconhecia. Não foi diferente com o instituto da Responsabilidade Civil, que também teve de ser revitalizado (MORAES, 2010, p. 320). Seu foco deslocou-se da punição e repressão à ofensa a bens jurídicos protegidos para a proteção da pessoa humana.

No ambiente da chamada “sociedade de risco”, caracterizada pela pulverização dos riscos e das incertezas geradas pelo avanço tecnológico (BECK, 1998, p. 55), coube ao Direito enfrentar a incontrollabilidade dos danos que, não raro, manifestam-se intergeracionais e nem sempre estão relacionados a um agente determinado. Ante a insuficiência do modelo tradicional, dá-se a reengenharia do Direito dos Danos, que busca uma tutela prioritária da pessoa humana, consubstanciada na proteção integral da vítima e no respeito aos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça distributiva (TEPEDINO, 2004, p. 194).

Houve um giro conceitual no plano do Direito dos Danos marcado pelo desapego à ideia de ilicitude do ato danoso e ênfase no enfrentamento da injustiça do dano (GOMES, 1980, p. 293). Dessa feita, a análise da injustiça do dano reside em identificar a violação a um interesse juridicamente protegido, a partir da ponderação dos elementos do caso concreto. Haverá dano injusto quando, com sustentáculo nos princípios da solidariedade social, justiça distributiva e reparação integral, ainda que o ato seja lícito – mas por afetar diretamente aspecto fundamental da dignidade da pessoa humana –, não seja plausível permanecer a vítima não ressarcida.

Como uma das temáticas mais impactadas pelo novo modelo de Direito dos Danos, a questão da responsabilização civil extrapatrimonial ganhou destaque. O subjetivismo em torno da aferição do dano moral como um “mal evidente”, “dor, vexame, humilhação ou constrangimento” deu espaço à caracterização do dano moral como lesão à dignidade. O ordenamento jurídico deve concretizar a cláusula de proteção à dignidade da pessoa humana, de modo a impedir que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade não sejam ressarcidas (MORAES, 2003, p. 131).

Novos contornos da tutela da privacidade na Sociedade da Informação: afirmação do direito à autodeterminação informativa

O avanço da tecnologia informacional gerou um processo de hibridização espacial das relações sociais, no qual os indivíduos estão continuamente conectados à rede, dividindo suas atenções entre o universo palpável e o virtual. Em razão desse fenômeno comunicacional, a sociedade tem sido designada como sociedade da informação, sociedade monitorada ou panoptizada. Para Bauman (2008), o excesso de publicização dos aspectos da vida privada forja uma espécie de sociedade confessional caracterizada pelo esgarçamento ou redimensionamento das fronteiras entre o público e o privado. Tal é a inserção das pessoas no meio digital que aqueles que estão fora desse espaço caminham para uma espécie de desabilitação social (BAUMAN, 2008, p. 25).

Embora tenham ampliado o acesso ao conhecimento e à informação, o progresso tecnológico e as ferramentas virtuais também aumentaram as modalidades de conflitos que demandarão soluções jurídicas adequadas. Além das possíveis violações aos direitos patrimoniais no âmbito das contratações on-line, o espaço da web pode ser palco de severas violações aos direitos de personalidade, especialmente o direito à privacidade, haja vista o uso e a aplicação das informações que se depositam na rede.

Na perspectiva de Castells (2005), a matéria-prima da sociedade atual, por ele qualificada como Sociedade da Informação, é a própria informação. Ela constitui o bem econômico primordial (MURRAY, 2010, p. 4) e o elemento estruturante das relações sociais praticadas no meio virtual; constitui o eixo central do “mercado de informação” (GONÇALVES, 2003, p. 129) ou da “economia da informação” (BRAMAN, 2011, p. 47). Esse modelo tecno-econômico, que utiliza a informação como o elemento dominante do tráfego econômico, supera o tradicional modelo fordista cujos fatores de produção eram preponderantemente os bens materiais (LASTRES, 2011, p. 47).

Com efeito, o manejo de dados de conteúdo estratégico tornou-se meio determinante de organização dos atores no cenário econômico dessa sociedade globalizada, de massa e voltada ao consumo. A comunicação produtiva que se estabelece a partir desse controle informacional é capaz de exercer franco poder na precificação da informação e no comportamento dos consumidores em esfera global (MATTOS, 2012, p. 147).

Os dados disponibilizados no meio digital são, muitas vezes, trabalhados pelo cruzamento das informações postadas e utilizados para o delineamento de perfis pessoais de consumidores, com o propósito de otimizar a publicidade. Afinal, o acesso refinado às preferências pessoais, às tendências de compras e aos gostos dos consumidores tal como apurados na rede reafirma a importância da informação como valiosa mercadoria ou bem econômico que favorece o consumo e as contratações no ambiente virtual e fora dele (PEZELLA; GHISI, 2015, p. 18).

À medida que a informação se impõe como instrumento de distribuição de riquezas e combustível do progresso econômico, não é legítima a utilização desse recurso de forma ilimitada, sob o risco lesão ou violação de inúmeros outros valores correlatos de igual importância para a ordem jurídica. Cabe ao direito estabelecer limites para a sua utilização, de modo a impedir que o manejo desse bem econômico venha a malferir quaisquer direitos, notadamente os direitos de personalidade.

Historicamente, a construção do direito à privacidade se assentou na perspectiva de uma liberdade negativa, mediante a concepção de que o titular de tal direito não deveria sofrer in-

terferências de terceiros em seu espaço de intimidade (MENDES, 2012, p. 282-283). Vigia a ideia de intimidade como o direito de estar só, protegido da multidão (WARREN; BRANDEIS, 1890). Com o desenvolvimento das tecnologias informacionais, a proteção da privacidade como inviolabilidade da vida privada, assim entendida como a inviolabilidade domiciliar, mostrou-se insuficiente e passou a reclamar uma tutela mais dinâmica (RODOTÀ, 2008, p. 17) ou plural (LEONARDI, 2012, p. 78-90), capaz de permitir, inclusive, algum controle sobre a coleta e a utilização dos próprios dados pessoais. De uma liberdade negativa, migrou para uma liberdade positiva (SCHREIBER, 2011, p. 131).

A capacidade de controlar as informações que circulam sobre si traduz, concretamente, a aquisição de um “poder sobre si mesmo” (MORAES, 2010, p. 58), que constitui um legítimo interesse albergado pelo direito à privacidade. Essa proteção especial justifica-se na vulnerabilidade da pessoa no meio virtual, especialmente pelo fato das inúmeras informações de caráter pessoal que circulam sobre ela na rede mundial de computadores, sem que possa exercer qualquer controle. Como o indivíduo conectado passou a orientar suas ações, modelar sua relação com os demais e delimitar seu espaço de convivência a partir das informações que recebe e produz (DONEDA, 2015), o armazenamento, o manuseio e a exploração econômica das informações pessoais ascenderam como meio de controlar suas preferências e seu processo de tomada de decisões. Nesse circuito, amplia-se a possibilidade de lesão à autonomia do sujeito, que passa a ser mensurado e identificado pelo avatar formado a partir do manejo de todas as informações achadas sobre ele na web. Isso se agrava quando tais informações são desatualizadas ou irrelevantes.

Questiona-se o fato da imanência das informações ao longo do tempo, assim como o alto custo e a dificuldade de serem esquecidas em comparação com o processo de alimentação da rede com as informações – que é rápido, fácil e barato (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 57) –, visto que esses dados permanecem na rede como se fossem uma tatuagem, acompanhando o sujeito por toda a sua vida (CASTELLANO, 2012, p. 4). Ainda que a personalidade seja dinâmica e venha a se distanciar daqueles dados apostos no passado, essas informações permanecerão na web como uma sombra, prendendo a pessoa a um passado que já não tem tanta correspondência com o que ela é na atualidade.

Em atenção a essas questões, a possibilidade de indisponibilizar a veiculação de informações inseridas na rede se tornou uma das pautas do debate e contribuiu para a formulação do chamado direito à autodeterminação informativa, consectário do direito à privacidade, na feição positiva. Essa modalidade corresponde ao poder de controlar as informações pessoais em circulação na rede capazes de definir traços importantes da personalidade (CANOTILHO, 2000, p. 500).

Na explicação de Stèfano Rodotà (2008, p. 97), o direito à autodeterminação informativa é um direito fundamental autônomo, que emerge da ampliação do direito à privacidade. Para ele, a privacidade encerra um feixe de direitos fundamentais, que já não se confina na tutela negativa do direito de estar só. Envolve o direito de construir sua própria esfera privada e de manter o controle sobre as próprias informações. O direito à autodeterminação informativa compreende a possibilidade de excluir informações disponibilizadas pela própria pessoa no meio virtual e, quanto às informações que foram compartilhadas por terceiros, o poder de controlar a veiculação de dados pessoais e/ou de indisponibilizar o seu uso (FLEISCHER, 2015). Constitui, por fim, instrumento valioso contra a discriminação e a favor da igualdade e da liberdade (MORAES, 2010,

p. 141).

Evolui-se da clássica noção de privacidade, centrada no trinômio “pessoa-informação-sigilo”, para a tutela efetiva da “pessoa-informação-circulação-controle”, ou seja, o desafio de controlar a obtenção, o tratamento e a transferência das informações que digam respeito ao indivíduo, de modo a permitir a livre construção de sua esfera privada (RODOTÀ, 2008, p. 93). A pessoa já não é um sujeito passivo na relação informacional, vítima da incontrollabilidade de seus dados, mas deve ser assegurada a possibilidade de examinar a exatidão, a veracidade, a finalidade, a atualidade e a análise temporal das informações, em rede, de modo a efetivar os corolários de tutela da dignidade da pessoa humana (GONÇALVES; SAMPAIO, 2013, p. 3).

É nesse contexto que o direito à autodeterminação informativa alcançou destaque na tutela da privacidade da pessoa na sociedade da informação digital. Foi expresso pelo Tribunal Federal Alemão em 1983, incluído na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia²⁰², assim como na Diretiva nº 95/46/CE²⁰³ da União Europeia (a qual prevê a facilitação do acesso, retificação, oposição e cancelamento dos dados pessoais no meio digital). O consentimento do usuário de internet, o respeito à legítima finalidade para quais as informações foram concedidas, assim como a definição do período de armazenamento delas e a obrigatoriedade de sua remoção, após expirado o prazo, são algumas diretrizes de gestão na rede estabelecidas pela Comissão Europeia.

No Brasil, a proteção desse direito tem sede na Constituição e se expande para as relações civilistas. Afinal, a tutela integrada da personalidade se faz pela superação da tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, expressa na cláusula geral de promoção da dignidade da pessoa humana fixada pela Constituição Federal de 1988 (TEPEDINO, 2004, p. 57). Além do princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção dos dados pessoais também se faz pelos princípios específicos da finalidade, pertinência, proporcionalidade, simplificação, harmonização e necessidade (MORAES, 2010, p. 143).

O princípio da finalidade estabelece que os fins para os quais os dados pessoais serão utilizados deve estar especificado no momento de sua coleta, e seu uso subsequente deve ser compatível com o propósito inicial, de modo a efetivar o princípio da pertinência. O princípio da necessidade segue a noção de que o tratamento dos dados pessoais só deve ser realizado quando necessário ao atendimento da finalidade concedida, devendo ocorrer de modo mais simplificado possível, sem que se legitime a utilização desproporcional desses dados.

Ademais, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE)²⁰⁴ lançou diretrizes relacionadas à proteção dos fluxos de dados, de modo a enfatizar a necessidade de observância aos princípios da transparência (publicidade), da qualidade, da finalidade, do livre acesso, da segurança física e lógica, e da proporcionalidade. Ainda que fracionados, condensados

202 Observa-se o art 8º da Declaração de Direitos Fundamentais da União Europeia, in verbis:

“1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação”.

203 A Diretiva 95/46/CE “define o tratamento de dados pessoais como uma operação ou conjunto de operações realizadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, exemplificando a coleta, registro, organização, e similares, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição (art. 2º), e estipula em seu art. 7º alguns princípios aplicáveis a este tratamento como forma de assegurar a proteção dos dados pessoais envolvidos nestes processos” (PEZELLA; GHISI, 2015, p. 9).

204 As Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais (as “Diretrizes sobre a Privacidade”) foram adotadas enquanto Recomendação do Conselho da OCDE e representam um consenso internacional sobre a orientação geral a respeito da coleta e do gerenciamento da informação pessoal (OCDE, 2002).

ou adaptados, esses princípios constituem a espinha dorsal de diversos instrumentos normativos de proteção de dados pessoais, por isso podem servir de instrumento para a solução de diversos problemas no ordenamento jurídico pátrio, que ainda carece de lei específica²⁰⁵ capaz de concretizar o exercício do direito à autodeterminação informativa.

O Marco Civil da Internet instituído pela Lei nº 12.965/2014 tratou de algumas nuances do direito à autodeterminação informativa, especificamente no que tange ao controle de dados pessoais. Conquanto correlacione o acesso à internet ao exercício da cidadania²⁰⁶ e procure conciliar a garantia das liberdades (pensamento, comunicação e expressão) com a da privacidade e da proteção de dados pessoais (Art. 3º, I, II e III), manteve-se silente quanto às regras de tratamento das informações pessoais.

No tocante à possibilidade de utilização das informações pessoais por terceiros, insurge, ab initio, destacar que nem mesmo a observância do critério do consentimento do titular, elemento fundamental para autorizar o tratamento de dados, tem sido suficiente para garantir o uso adequado das informações e de dados. Por vezes, a despeito da anuência do titular, o manejo das informações foge à finalidade precípua. Daí a relevância de se respeitarem todos os princípios já citados, de modo que a proteção dos dados se faça até mesmo depois do consentimento e seja assegurado ao titular o livre acesso, o direito à retificação e exclusão, a transparência e a garantia de que o uso das informações se vincularam às finalidades elencadas no momento do consentimento.

No âmbito da concretização do direito à autodeterminação informativa, destaca-se a preocupação redobrada com os dados sensíveis²⁰⁷, quais sejam, aqueles que tocam aspectos personalíssimos do indivíduo, como suas preferências religiosas, políticas e filosóficas, sua orientação sexual, sua condição de saúde mental ou genética, entre outros. É imperioso cuidar para que tais dados não sejam repassados de modo a potencializar tratamento discriminatório em detrimento do titular.

Informações dessa ordem são disseminadas com frequência regular no meio digital e armazenadas em bancos de dados controlados por potentes softwares que procedem cruzamento de informações (VIEIRA, 2007, p. 253), consolidando elementos integrados que nem sempre corres-

205 Proposta que cria um marco regulatório para a proteção, o tratamento e o uso de dados pessoais dos brasileiros foi aprovada, no dia 13 de outubro de 2015, na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT). Depois da realização de audiências públicas sobre o tema e da apresentação de 29 emendas pelos integrantes da comissão, o substitutivo do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) 330/2013 foi acatado e agora segue para as Comissões de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA), de Assuntos Econômicos (CAE) e de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

206 O Art. 7º da Lei nº 12.965/2014 estabelece algumas diretivas sobre o controle de dados, in verbis: “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...]”

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”.

207 A Diretiva 95/46/CE qualificou como sensíveis os “dados pessoais reveladores de origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, associação a sindicatos e o processamento de dados envolvendo a saúde ou a vida sexual”. Da mesma forma expõe o art. 3º, §3º, II, da Lei nº 12.214/2011.

pondem à real personalidade do titular. Não raro, o cruzamento desses dados sensíveis conduz a resultados discriminatórios que ofendem frontalmente a dignidade da pessoa humana e muitos direitos de personalidade.

Entre exemplos de cruzamento de dados lesivos aos direitos de personalidade, está a formação de perfis pessoais em redes de relacionamento. Afinal, o desvelamento de gostos, preferências e tendências pessoais capazes de gerar classificação, nota e atribuição de adjetivos, por si só, enseja violação à honra, à imagem e à privacidade.

A considerar a classificação proposta por Bodin de Moraes (2010, p. 85), a dignidade da pessoa humana tem substrato material em quatro subprincípios – igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade – que funcionam como seus corolários. A veiculação de dados sensíveis pode violar todos eles. Se resultar em atitude discriminatória, o manejo das informações fere a igualdade, limita a liberdade de escolha do indivíduo em resguardar aspectos sensíveis definidores da sua personalidade de interferências alheias, afeta a integridade psicofísica do indivíduo exposto ao tratamento discriminatório e, por conseguinte, fere a solidariedade ao legitimar o desenvolvimento de estigmas sociais entre os grupos; afinal, a exposição dos dados sensíveis permite a categorização dos indivíduos.

Em face da construção teórica exposta, percebe-se que a proteção dos dados pessoais, sejam eles sensíveis ou não, merece destaque. Afinal, compram-se e vendem-se informações pessoais dos usuários da rede indiscriminadamente. Nesse sentido, os provedores das redes sociais, entre elas o Facebook, apresentam-se como os principais responsáveis pela veiculação das informações disponibilizadas por seus usuários. Logo, mostra-se relevante investigar se o serviço oferecido por essas empresas respeita os princípios aplicáveis à proteção de dados, assim como é importante verificar se as cláusulas presentes na política de dados limitam o exercício do direito à autodeterminação informativa.

Responsabilização civil do Facebook por violação ao direito à autodeterminação informativa

As redes sociais proporcionam um formato de interação e expressão que permite aos usuários a constituição de uma identidade digital própria (RESTA, 2014, p. 324), que também recebe proteção, exteriorizada na criação de perfis pessoais – os quais, muitas vezes, revelarão traços específicos da personalidade não expostos no ambiente palpável. Permite-se que as pessoas conectadas em rede vivam uma espécie de *second life* (segunda vida), na qual “as regras de interação social são construídas e não recebidas; o caminho é sinalizado pelo computador, o horizonte é aquele da rede” (RODOTÀ, 2008, p. 119). O preço por essa possibilidade de conexão é a informação que é levada a depositar.

Dados registram que o Facebook, rede social mais popular no mundo, dispõe de um número de usuários superior a 1 bilhão. São pessoas que disponibilizam, diariamente, bilhões de informações pessoais, gerando enorme potencial econômico para o provedor, que atrai empresas parceiras e, com elas, passa a compartilhar esse arsenal de dados. Integrando pessoas e empresas de todo o mundo, o Facebook constitui-se em um provedor de conteúdo de poder supranacional, capaz de manejar e controlar um conjunto vultoso de informação extremamente relevante para o mercado. Com isso, domina inúmeros segmentos de mercado e pode exercer influência decisiva sobre o modo de pensar e agir de todas as pessoas conectadas.

Todo o poder de concentrar as informações do Facebook traz para ele uma conformação semelhante à do “Big Brother”, idealizado por George Orwell no livro 1984. Caracteriza-se, portanto, como um “olho que tudo vê”, com capacidade de exercer intensa fiscalização e vigilância sobre todos, na medida em que tem acesso aos assuntos mais discutidos em rede, conhece as opções de compras dos usuários, as músicas e os artistas mais escutados, bem como tem ideia dos locais mais visitados.

No afã de ampliar as formas de acesso e utilização das informações postadas, o Facebook tem alterado a política de proteção à privacidade em prejuízo dos usuários. Passou a ocultar inúmeros pontos relevantes de seus termos, a exemplo da possibilidade de rastreamento de seus usuários na rede e do compartilhamento das informações com empresas (SHORE; STEINMAN, 2015).

Salienta-se que, embora o serviço oferecido pelo Facebook aos seus usuários seja aparentemente gratuito, configura-se entre eles uma relação de consumo. As informações postadas são verdadeira contraprestação e funcionam como objeto econômico valioso, que passa a ser comercializado pelo Facebook com empresas parceiras. São vários os contratos celebrados entre o Facebook e outras empresas nos quais o objeto é o repasse das informações dos usuários.

Utilizando essas informações, as empresas parceiras intensificam a publicidade, direcionando-a àquele grupo de pessoas que já são identificados com um perfil específico. Na plataforma de política de dados do Facebook, existe uma lista das informações coletadas pela rede social, entre as quais estão as informações sobre qualquer conteúdo acessado na rede social, sobre pessoas e grupos com os quais os usuários interagem, sincronização da agenda de contatos, compras e transações (número de cartão de crédito e dados do faturamento), além de números de celular e endereço IP.

Além da coleta das supracitadas informações, o Facebook pode rastrear o acesso a diversos sites visitados por seus usuários, mesmo quando não estiverem conectados ou logados à rede social²⁰⁸. Isso é possível porque o Facebook possui contrato com diversos sites que lhe franqueiam esse rastreamento dos endereços eletrônicos (IDs).

Há, também, uma previsão expressa nos Termos de Privacidade²⁰⁹ que autoriza a rede à possibilidade de coleta de informações do usuário, contidas em qualquer dispositivo eletrônico. Com isso, o Facebook passa a ter acesso imediato à localização geográfica dos seus usuários, favorecendo a comercialização dessa informação com as empresas locais. Na justificativa da empresa Facebook, porém, o acesso à localização do usuário é utilizado para auxiliar na marcação do check-in, dos lugares visitados, anunciar aos amigos que se encontra nos arredores ou, ainda, para facilitar a identificação de eventos ou ofertas locais que possam ser de interesse do usuário.

Embora os termos de privacidade do Facebook mostrem certo poder de controle do usuário sobre suas informações – notadamente quanto ao acesso das postagens por terceiros, à decisão

208 Observa-se a previsão contida nos termos de privacidade do Facebook: “Informações de sites e aplicativos que usam nossos Serviços: Coletamos informações quando você acessa ou usa sites e aplicativos de terceiros que utilizam nossos Serviços (por exemplo, oferecem nosso botão Curtir, Login do Facebook ou usam nossos serviços de medição e publicidade). Isso inclui informações sobre sites e aplicativos que você visita, seu uso dos nossos Serviços nestes sites e aplicativos, bem como informações que os desenvolvedores ou editores de publicações do aplicativo ou site fornecem para você ou para nós”.

209 Apresenta-se a referida autorização: “Coletamos informações de ou sobre computadores, telefones e outros dispositivos em que você instala ou acessa nossos Serviços, dependendo das permissões concedidas: Localizações do dispositivo, incluindo localizações geográficas específicas, por meio de GPS, Bluetooth ou sinal Wi-Fi”.

sobre a extensão de suas publicações e à ativação de filtros que lhe permitam conhecer a marcação de seu nome em publicações de terceiros –, há uma grande lacuna no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais por parte do provedor de conteúdo e ao compartilhamento deles com as empresas parceiras.

Observa-se que o referido Termo não traz limitações quanto ao tratamento dos dados disponibilizados pelos seus usuários, o que pode impactar negativamente na proteção de informações, malferindo os princípios da transparência, da proporcionalidade e da finalidade. Do mesmo modo, não existe previsão sobre a proibição de comercialização de dados sensíveis, assim como do cruzamento de dados com as empresas parceiras, o que pode resultar em violação ao direito à autodeterminação informativa.

Percebe-se a sensível ingerência dessa rede social sobre a privacidade dos seus usuários, cerceando incisivamente seu direito à autodeterminação informativa. Por isso, os usuários vítimas do tratamento abusivo de suas informações pessoais, bem como do cruzamento delas para a formação de perfis de consumidores, capazes de revelar dados sensíveis, devem ensejar a efetiva reparação por danos morais.

Quando o usuário do Facebook concorda com o termo de privacidade e ingressa na rede, ele não renuncia ao direito de controlar o destino de suas informações. Por essa razão, o cruzamento de dados e a venda deles a terceiros sem referência expressa à finalidade para qual serão utilizados podem configurar arbitrária violação à autodeterminação informativa. Mais grave será a hipótese em que os dados comercializados tiverem relação com a vida pessoal dos usuários, suas preferências religiosas, políticas, sexuais (etc.) e estiverem sendo disseminadas indiscriminadamente.

Sobre a responsabilização civil em razão do abusivo tratamento de dados, o Superior Tribunal de Justiça, no caso do sistema Credit Score, no julgamento do Recurso Especial nº 141.9697/RS²¹⁰, reconheceu a possibilidade de condenação por danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis, bem como de dados incorretos ou desatualizados. Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça²¹¹ aplicou a responsabilização objetiva e solidária de todos os responsáveis pelos tratamentos de dados, desde o consulente até o banco de dados.

Dessa forma, transpondo a *ratio decidendi* do acórdão em estudo à problemática desenvolvida no presente trabalho, entende-se pela possibilidade de condenação em danos morais do Facebook, em razão do compartilhamento indevido de dados dos seus usuários, de forma objetiva e solidária em relação às empresas que compraram os dados. Considera-se compartilhamento abusivo de dados, para efeito de responsabilização por danos morais, o tratamento de dados sensíveis – capazes de ensejar qualquer modalidade de discriminação – como os dados referentes à preferência sexual, religião, ideologia ou origem racial; de dados excessivos, como localização; ou dados cujo cruzamento seja hábil a ferir quaisquer dos corolários da dignidade da

210 Decisão disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068666/recurso-especial-resp-1419697-rs-2013-0386285-0>>.

211 Observa-se a parte do acórdão em destaque: “O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema ‘credit scoring’, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei nº 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014).

pessoa humana.

A prática revela que o Facebook compartilha, usualmente, dados sensíveis, ao passo que as empresas parceiras são capazes de segmentar sua atuação no mercado com base nas informações reveladoras de credo e convicções políticas e religiosas. Da mesma forma, os termos de privacidade deixam claro que o provedor poderá compartilhar informações de localização dos usuários, de modo a repassá-las a terceiros, configurando, portanto, uma patente violação à privacidade do indivíduo e um flagrante uso excessivo da faculdade de vigilância.

Além do cruzamento de dados, a técnica de produção de perfis pessoais, os quais mostram um panorama dos atos e preferências dos indivíduos, obtidos a partir da análise estatística de comportamentos em rede, também poderá constituir-se como violação ao direito à autodeterminação informativa. Um exemplo de repasse de informações para criação de perfil pessoal realizado pelo Facebook, que gerou responsabilização por danos morais, foi o caso do aplicativo Lulu.

O Lulu foi disponibilizado no mercado brasileiro no dia 20 de novembro de 2013 e, em poucas semanas, tornou-se um dos aplicativos para smartphones mais baixados nas lojas virtuais. Tratava-se de uma rede social exclusiva para mulheres, e seu principal atrativo era possibilitar a avaliação da performance sexual dos homens com quem elas haviam se relacionado. A avaliação se fazia pela resposta a questões de múltipla escolha e de hashtags que representariam os pontos negativos e positivos do avaliado a quem se atribuiria uma nota final. Como o Lulu era um aplicativo sincronizado ao Facebook, importava automaticamente todos os perfis ali cadastrados, oferecendo um número enorme de perfis masculinos para a avaliação das usuárias. Os avaliados, por sua vez, não tomariam conhecimento do processo avaliativo, pois não tinham permissão para se cadastrar no aplicativo.

Levados a examinar a matéria em processos judiciais que reclamavam dano moral, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²¹² e o Tribunal de Justiça do Paraná²¹³ responsabilizaram solidariamente o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. e o Luluwise Incorporation pela violação do direito dos usuários titulares dos perfis avaliados. Entenderam que o compartilhamento das informações e o fim atribuído àquelas expunham excessivamente a pessoa dos avaliados que, por sua vez, sequer foram consultados sobre a inclusão dos seus dados naquela rede social feminina. Nessas decisões, tem-se o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa das vítimas que publicaram seus dados no Facebook.

A privacidade dos usuários do Facebook restará violada se o seu perfil for disponibilizado em outra rede para uso não autorizado, especialmente quando o uso dessas informações impor-

212 RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FACEBOOK E LULUWISE INCORPORATION. RESPONSABILIDADE DA DEMANDADA FACEBOOK NOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELO AUTOR PORQUE TODOS OS USUÁRIOS DO SEXO MASCULINO CADASTRADOS NO FACEBOOK TIVERAM SEUS DADOS SINCRONIZADOS PELO APLICATIVO LULU. SEM A PARTICIPAÇÃO DO FACEBOOK OS DADOS NÃO SERIA UTILIZADOS E NEM EXPOSTOS A ESTRANHOS A OPINIÃO E ÀS CRÍTICAS A PESSOA DO AUTOR FEITAS POR MULHERES NÃO IDENTIFICADAS. VIOLAÇÃO À HONRA E A VIDA PRIVADA. INDENIZAÇÃO COM BASE NOS ARTIGOS 5º, INCISO X, DA CF E ARTIGOS 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. QUANTUM FIXADO EM R\$ 3.500,00 E QUE NÃO COMPORTA MODIFICAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-RS, Recurso Cível nº 71005057401, 4ª Turma Recursal Cível, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 19/09/2014).

213 Neste julgado, condenou-se o provedor Facebook Serviços Online do Brasil Ltda ao pagamento de compensação pecuniária por Danos Morais, fixada no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), reconhecendo-se legitimidade deste para figurar no polo passivo da ação. Considerou-se que a migração de dados fornecidos ao Facebook extrapola a mera cessão de informações públicas constantes do termo de adesão, pois expõe usuários a avaliações de cunho sexual, permitindo a atribuição de notas sem prévio consentimento (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0028512-61.2013.8.16.0019/0 - Ponta Grossa - Rel.: Vitor Toffoli - J. 21.10.2014).

tar em um julgamento (não autorizado) sobre dados sensíveis da pessoa que funcionará como critério de discriminação. Ainda que o usuário do Facebook tenha ali publicado seus dados pessoais de maneira voluntária, não se supõe, com isso, que esteja autorizando o uso indiscriminado dessas informações, notadamente, para uma finalidade tão peculiar como teria sido a do Lulu.

A circulação da informação sempre poderá confrontar com a privacidade e, nos casos de conflito, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana deverá guiar o intérprete na identificação do interesse merecedor de maior proteção no caso concreto. No caso sob exame, a utilização de dados sensíveis, a precificação das informações dos lesados e sua veiculação de modo a satisfazer interesses meramente econômicos das empresas parecem não condizer com a afirmação da dignidade humana.

A comercialização de dados sensíveis ou o cruzamento de dados cujos resultados sejam ofensivos à pessoa resulta em afronta à liberdade, à integridade psíquica e à solidariedade social, corolários da dignidade da pessoa humana. Mesmo no ambiente digital, a pessoa deve ter a sua liberdade e vida privada resguardadas de eventuais danos.

Quanto à análise da validade das duas cláusulas presentes nos termos de privacidade dessa rede social que autoriza o acesso às pesquisas realizadas pelos usuários em sites parceiros e ainda lhe permite identificar a sua localização geográfica a partir das informações extraídas de ferramentas contidas em aparelhos móveis (Wi-Fi, GPS e Bluetooth), qualificam-se como abusivas, na medida em que se expressam como verdadeira renúncia ao direito à privacidade. O abuso não é afastado pelo assentimento do usuário aos termos de privacidade do Facebook, nos quais se acham tais cláusulas.

Nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações capazes de colocar o consumidor em “desvantagem exagerada”, assim entendidas também, conforme §1º, incisos I e II, do supracitado artigo, como as que ofendam os princípios fundamentais do sistema jurídico ou restrinjam direitos fundamentais. Nesse sentido, justifica-se a alusão à abusividade das cláusulas contratuais do Facebook já expostas, na medida em que conduzem renúncia ao direito fundamental à privacidade.

Desse modo, seriam pertinentes as medidas judiciais cabíveis à tutela da pessoa. Na hipótese específica, a solução que melhor protege o direito à privacidade dos usuários do Facebook não seria apenas pela via da responsabilização extrapatrimonial da referida rede social, mas também por meio de uma tutela coletiva, nos termos do art. 51, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, com o ajuizamento de Ação Civil Pública voltada para ver declarada a nulidade das cláusulas abusivas, extensível a todos os usuários.

Conclusão

A metodologia do direito civil-constitucional colocou-se à frente do processo de delimitação das fronteiras do direito civil, de modo a deslocar as preocupações com a liberdade individual e o patrimônio para uma dimensão solidarista, de sorte a promover os valores existenciais. Dessa forma, o instituto da Responsabilidade Civil precisou ser funcionalizado, de modo a acolher os valores constitucionais. O Direito dos Danos deslocou o modelo de responsabilização civil, até então centrado na reprovabilidade da conduta do ofensor, para a tutela prioritária da pessoa humana, consubstanciada na proteção integral da vítima. Esse giro conceitual influenciou decisivamente a noção de dano moral, que passou a ser visto como lesão à dignidade da pessoa humana.

Evidenciou-se que a sociedade da informação digital trouxe grandes avanços para a democratização do direito à informação; porém, ao mesmo tempo, o ambiente virtual tornou-se um meio propício ao desenvolvimento de violações aos direitos de personalidade. A arquitetura das redes virtuais explica a vulnerabilidade do direito à privacidade nesse meio, especialmente no que tange ao descontrole do fluxo das informações pessoais.

Logo, a nova realidade passou a exigir a tutela do direito à privacidade de um modo dinâmico e plural, na feição de direito à autodeterminação informativa, consubstanciado na capacidade de controlar o espaço informacional, de modo a permitir a livre construção da esfera privada no ambiente virtual.

Com o centro das preocupações voltado à proteção dos dados pessoais, o Facebook apresenta-se como um novo “Big Brother”, capaz de exercer plena vigilância sobre a vida de todos os usuários ao conhecer suas preferências e ideologias e ao ser capaz de rastrear todas as ações na internet, bem como a localização no espaço físico.

Desse modo, percebeu-se que a sensível ingerência dessa rede social sobre a privacidade dos seus usuários, cerceando incisivamente o direito à autodeterminação informativa deles, é capaz de gerar lesões ao livre desenvolvimento de sua personalidade no meio virtual.

Conclui-se que os usuários vítimas do tratamento abusivo de suas informações pessoais – em desobediência aos princípios da finalidade, transparência e proporcionalidade, bem como do cruzamento desses dados para a formação de perfis de consumidores, capazes de revelar dados sensíveis – devem ser necessariamente ressarcidos a título de danos morais. Portanto, é possível a responsabilização civil extrapatrimonial do Facebook por violação à autodeterminação informativa, quando houver compartilhamento de dados sensíveis ou excessivos, cruzamento de dados e a formação de perfis pessoais forem passíveis de ofender os corolários da dignidade da pessoa humana.

Evidenciou-se, por fim, que as cláusulas presentes nos termos de privacidade dessa rede social que autoriza o acesso às pesquisas realizadas pelos usuários em sites parceiros e ainda lhe permite identificar a sua localização geográfica a partir das informações extraídas de ferramentas contidas em aparelhos móveis (Wi-Fi, GPS e Bluetooth) são abusivas, pois configuram verdadeira renúncia ao direito fundamental à privacidade. Dessa maneira, a declaração de nulidade das cláusulas em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público coloca-se como a solução mais adequada a tutelar o direito à privacidade de todos os usuários atingidos.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida. In: Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Básica, 1998.
- BRAMAN, Sandra. A economia representacional e o regime global da política da informação. In: MACIEL, Maria Lucia; ALBAGAJI, Sarita (Org.). Informação, conhecimento e poder: mudança e inovação social. Rio de Janeiro: Garamound, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Lei nº 12.414, de 09/06/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 8 dez. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTELLANO, Pere Simón. The Right to be Forgotten under European Law: constitutional debate. *Lex Electronica*, v. 16, n. 1, Winter 2012.

DONEDA, Danilo. Privacidade e transparência no acesso à informação pública. Zaragoza: Prensas Universitárias de Zaragoza, 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis11-09.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2015.

FLEISCHER, Peter. Foggy thinking about the right to oblivion. Peter Fleischer: Privacy...? [blog], mar. 2011. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy--thinking-about-right-to-oblivion.html>> Acesso em: 29 abr. 2015.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, 1998.

GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GONÇALVES, Kalline Carvalho Eler; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. A Garantia da Privacidade na Sociedade Tecnológica: um imperativo à concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: ROVER, Aires José; SIMÃO FILHO, Adalberto, PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Direito e novas tecnologias*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

LASTRES, Helena Maria Martins; FERRAZ, João Carlos. In: LASTRES, Helena M. M.; ALBAGAJI, Sarita (Org.). *Informação e globalização na era do conhecimento*. Rio de Janeiro: Garamound, 2011.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATTOS, Karla Cristina da Costa e Silva. *O valor econômico da informação nas relações de consumo*. São Paulo: Almedina, 2012.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

MURRAY, Andrew. *Information technology law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

OCDE. Síntese Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais. [s. L.]: OCDE, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, [s.d.]. Disponível em: <<http://about-brazil.org/books/1984.pdf>> Acesso em: 29 jul. 2015.

- PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEZELLA, Maria Cristina Cereser; GHISI, Silvano. A manipulação de dados pessoais de consumo e o sistema "crediscare". *Civilistica.com*, v. 4, n. 1, 2015.
- RESTA, Giorgio. *Dignità, persone, mercati*. Torino: G. Giappichelli, 2014.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SHORE, Jenifer; STEINMAN, Jill. Did you really agree to that? the evolution of facebook's privacy policy. *Technology Science*, 2015. Disponível em: <<http://techscience.org/a/2015081102>>. Acesso em: 9 dez. 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.
- WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. *The right to privacy*. Harvard: Law Review, 1890.

TEORIA DOS STAKEHOLDERS: A PONTE ENTRE O MERCADO E A PESSOA

*José Barros Correia Junior*²¹⁴

Introdução

O formato conservador das empresas era perfeito para os problemas do passado, mas não consegue se adequar aos impasses que surgem no presente e àqueles que despontarão no futuro, sendo necessária uma completa revolução conceitual e atitudinal na gestão empresarial, em especial no que se refere a outros sujeitos interessados na atividade empresarial, direta ou indiretamente (FREEMAN, 1984, p. 7). As soluções não podem mais ser vistas de forma fragmentada, representando interesses de poucos indivíduos, mas sim devem ser apresentadas de forma global. Isso não implica, contudo, a desconsideração dos interesses mais conservadores, mas a inclusão de novos interesses.

A absorção pelos empresários e administradores contemporâneos de novas perspectivas empresariais se revela cada vez mais necessária para a continuação da empresa, não no modelo clássico, mas em um novo, levando-se em conta que a atividade empresarial deve cumprir com uma função e responsabilidade social, não interferindo apenas na vida dos empresários e investidores, mas também na vida de cada indivíduo. Qual seria, então, a posição do Estado e do Direito ante esta questão?

Um dos maiores problemas da atualidade (se não o maior) no Direito Empresarial é considerá-lo refratário às evoluções da sociedade e do Estado, encastelando-se sob forte guarda de alguns doutrinadores e julgadores²¹⁵. Todavia, o Direito como um todo, inclusive o Privado, vem sofrendo fortes modificações em toda a sua história, com destaque ainda maior para as últimas décadas, com a sua constitucionalização e a aplicação de princípios sociais.

Com isso, cada vez mais se observa a necessidade de o Direito Empresarial e seus principais fundamentos – a saber, empresa, empresário e estabelecimento – sofrerem fortes influências e, com isso, adquirirem novos interesses e perspectivas além da lucratividade. Essa abertura a novos interesses se liga à própria sobrevivência do negócio, pois cada vez mais trabalhadores, consumidores e a sociedade como um todo se encontram mais esclarecidos e convictos da defesa de seus interesses. Assim, além da manutenção da lucratividade, os empresários devem se preocupar atualmente com a perpetuação da empresa, atendendo, dessa forma, a interesses múltiplos.

Surge, então, na área de estudo da administração de empresas uma teoria que procura demonstrar que a empresa é uma atividade concentradora de interesses múltiplos, indo além do tradicional negócio de interesses exclusivos dos investidores. Até mesmo esses investidores têm mudado de perfil com a ampliação do mercado para atingir novas classes sociais até então excluídas do mercado. Ocorre que essa teoria, mesmo existindo há quase três décadas, ainda não foi absorvida expressa e integralmente pelo Direito, mais especificamente o Empresarial, que, como

214 Doutor em Constitucionalização das Relações Privadas pela Faculdade de Direito de Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Diretor e Professor de Direito Privado da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Advogado.
215 É possível observar que o entendimento conservador ainda é extremamente forte na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Isso se verifica pelos recentes enunciados emitidos pelo Conselho da Justiça Federal em 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

mencionado, ainda encontra defensores de um formato tradicional e, muitas vezes, retrógrado.

Essa é a teoria denominada de *stakeholders*. O uso do termo *stakeholder* não é necessariamente novo e não surgiu com a teoria, mas bem antes dela. Em 1963, a companhia SRI International (na época denominada *Stanford Research Institute*) fez referência ao vocábulo *stakeholders* pela primeira vez em um de seus memorandos, definindo-os como “grupos sem cujo apoio a organização deixaria de existir [...] originalmente incluídos acionistas, empregados, clientes, fornecedores, credores e sociedade” (FREEMAN, 1984, p. 31-32).

Todavia, quem ganhou fama e desenvolveu verdadeiramente a teoria dos stakeholders e fundamentou toda a literatura apresentada posteriormente (a favor e contra) foi Robert Edward Freeman, quando escreveu sua primeira obra sobre o assunto, intitulada *Strategic management: a stakeholder approach*, em 1984. Mas o que significaria *stakeholder*?

Na verdade, não há uma tradução precisa da expressão para o português. Normalmente, se faz uma tradução literal como “partes interessadas”; contudo, há quem mencione que a etimologia da expressão decorre do jogo de pôquer, pois, nele, quem tem um stake tem uma vantagem sobre os demais (SADDI, 2011, p. 1207). Segundo esses autores, a expressão parte aqui não se referiria a um sujeito ou grupo específico, mas a uma fração de algo, daí a preferência pelo uso da expressão original pela doutrina, mesmo a nacional. Essa origem não é, no entanto, abordada por Freeman em sua obra, que tratou pela primeira vez de forma acadêmica do assunto, daí a preferência deste texto pela expressão original. De qualquer forma, a tradução literal não está longe do que de fato acabaria por definir o alcance a ser tomado pelo tema, e esse é justamente até hoje o grande problema da teoria.

Para além do homo economicus e do autointeresse

A empresa contemporânea chega a um ponto de conflito (interno e externo): quem deve ser privilegiado: o empresário e os sócios ou terceiros não investidores? Quais são os seus verdadeiros valores?

Durante quase toda a história do comércio e hoje da empresa, a resposta foi simples: o privilégio deve ser voltado à geração única de riquezas para empresários e investidores, sendo lenta qualquer evolução sobre a matéria. Contudo, por diversas razões, do século XX para o XXI, os interesses no mundo foram alterados de forma radical, forçando a revisão da empresa nos estudos voltados à gestão nas respectivas áreas de conhecimento; assim, o Direito Empresarial não pôde mais fechar os olhos para tais mudanças e protelar o início de uma revisão de seus institutos, readequando-os aos princípios constitucionais e às exigências sociais. Essas modificações na empresa devem ser profundas o suficiente para atingir seus próprios valores.

Para que se entenda a necessidade da revisão de valores, tal qual já realizado por outros ramos próximos do Direito brasileiro, divide-se o objeto deste capítulo em duas linhas teóricas: a do valor do sócio (*shareholder value*) e a do valor dos *stakeholders* (*stakeholder value*).

[...] embora a maioria das indústrias pesquisadas atribua ao código de ética uma função reguladora prioritariamente focada em seu público interno, com desdobramentos secundários para clientes e fornecedores, há indícios de que os códigos possam estar gradualmente assumindo a função estratégica de instrumentos para gestão do relacionamento da empresa com um quadro mais amplo de partes interessadas em suas atividades (*stakeholders*) (FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2003, p. 25).

Teoria do valor do sócio ou acionista (shareholder)

Durante muito tempo, com destaque ao liberalismo, defendia-se (como muitos ainda defendem) a ideia de que o mercado não precisaria de outra coisa senão liberdade de iniciativa e de concorrência, não sendo necessária a intervenção do Estado. Para que o mercado fosse de fato eficiente, bastaria que se lhe garantisse a liberdade, passando ele a se autorregular.

Isso levou nas últimas décadas ao desenvolvimento de uma ideia de maximização da lucratividade empresarial (*wealth maximization*). Por intermédio dessa linha de pensamento, a economia tenderia sempre a crescer, caso os empresários e administradores voltassem seus interesses unicamente à geração de lucros, passando a uma crescente valorização dos próprios empresários e de sócios em grandes corporações, o que proporcionaria o surgimento constante de novos e maiores investimentos.

Voltada notadamente para os empresários, sócios quotistas ou acionistas em grandes companhias, denominou-se a teoria de valor do sócio ou do acionista (*stockholder* ou *shareholder value*). Segundo essa teoria, o principal (se não o único) interesse a ser pretendido e protegido pelos administradores das empresas deveria ser o dos investidores. Eles seriam o principal valor da empresa.

Ao administrador caberia a maximização dos lucros da empresa pelo maior tempo possível, valorizando as ações para que acionistas aumentassem exponencialmente sua lucratividade. Os investidores, com isso, não teriam nenhum dever de fazer com que a sociedade em que investissem se voltasse ao cumprimento de uma responsabilidade social, tal qual defende Milton Friedman (1982), um dos maiores críticos à responsabilidade social empresarial e da teoria dos stakeholders.

A empresa seria, então, exercida de forma a maximizar os interesses dos empresários ou sócios de lucrar, utilizando todas as técnicas gerenciais para isso. Em razão disso, muitas vezes gestores empresariais não deveriam objetivar os interesses de outros sujeitos relacionados ao negócio que, na verdade, seriam vistos em algumas oportunidades como obstáculos a serem superados no sentido de maximizar os lucros. A interferência do Estado, para os defensores mais radicais da teoria do valor do sócio-acionista, seria privar o mercado da necessária liberdade, do seu poder de decisão em relação aos seus próprios atos, transformando em pública a atividade empresarial e em servidores públicos os empresários e os administradores de empresa (FRIEDMAN, 1982, p. 111-114).

É a evolução da teoria do valor do sócio-acionista (*shareholder value*) para a teoria do primado do sócio-acionista (*shareholder value primacy*), surgida a partir do crescimento das aquisições hostis (*hostil takeover*) na Inglaterra e nos Estados Unidos, na década de 1970. Assim como na prática a evolução acaba colocando o sócio como ponto central do negócio, com o passar do tempo também haveria uma diferença prática entre as categorias de *shareholders*, passando muitos sócios a serem tratados também como obstáculos que devem ser excluídos do negócio ou mesmo desvalorizados. É o que ocorre com os sócios minoritários sem detenção do controle societário em grandes corporações, que apenas recentemente têm conquistado maior representatividade dentro das companhias.

Em condição mais moderada da teoria, por *shareholder* seriam tidos os investidores sociais em geral, pequenos e grandes, bem como, em uma visão mais contemporânea, o empresário individual. Porém, na prática, boa parte das grandes corporações tem dirigido os seus interesses es-

pecialmente aos detentores do controle social. Isso acaba gerando um paradoxo, pois os mesmos defensores na não ingerência estatal na economia – pelo abuso do poder – acabam legitimando a interferência do Estado na atividade econômica, para assegurar a participação dos pequenos investidores não detentores do controle societário, retirando a atividade empresarial do campo exclusivamente contratual e lançando-a para o institucional, como as grandes sociedades anônimas abertas.

Isso é muito bem destacado por Rubens Requião ao afirmar que o desequilíbrio entre os acionistas majoritários (detentores do poder de controle) e os acionistas minoritários (não detentores do poder de controle) levou a uma completa reforma da legislação societária brasileira para a proteção e estímulo àqueles que não controlam a sociedade. Mais do que isso, a moderna atividade empresarial deve acompanhar a evolução dos anseios da sociedade e da economia. Por esse motivo, a adoção da teoria da instituição de Hauriou seria a melhor forma de justificar o interesse social e a intervenção do Estado na atividade empresarial, dada sua atual característica de concentradora de investimentos e interesses sociais, sem perder de vista por completo ainda seu viés contratual ao regular os interesses dos investidores (REQUIÃO, 2003, p. 13-15).

No passado, as empresas eram organizadas de forma simples, e o enfrentamento dos problemas era também muito mais fácil do que atualmente (FREEMAN, 1984, p. 5). Bastavam como único centro de interesses os acionistas, ou investidores, usando um termo mais abrangente. Os negócios giravam em torno de adquirir matéria-prima, convertê-la em produto e vender ao consumidor, exaurindo completamente a empresa nessas atividades. A produção era linear, e fornecedores entregavam recursos que, em sequência, eram transformados em produtos pelo empresário e alienados aos consumidores. Os empresários na gestão dos seus negócios preocupavam-se apenas com dois sujeitos: fornecedores e consumidores, porém, ainda não nos moldes atuais, pois o investidor era a preocupação central do empresário (fosse ele ou terceiros).

Para o desenvolvimento desse sistema de mercado, não se faziam necessárias regras muito elaboradas. Era do senso comum que a empresa existia unicamente para gerar lucros aos empresários e investidores, e sua relação com outros sujeitos era muito restrita, daí a desnecessidade de estudos jurídicos mais profundos e restrições a essas atividades.

Com o passar do tempo, a empresa teve de evoluir, fazendo com que os gestores se preocupassem com outros indivíduos, além de fornecedores e consumidores. Essa evolução ganhou proporções monumentais a partir do século XX, mais precisamente com a Segunda Guerra Mundial. Mais tarde, a propriedade começou a ser diluída em vários novos centros de interesses, especialmente com as instituições financeiras incluindo a modernização empresarial em seu foco de investimentos. Passam a ser também figuras de interesse na atividade empresarial, além dos investidores, proprietários, fornecedores e consumidores, os trabalhadores e seus sindicatos, indo de uma estrutura linear de interesses a uma estrutura poliédrica, em que a empresa permanece no centro (FREEMAN, 1984, p. 6).

A figura do homo economicus corresponderia a um perfil em que determinado sujeito, no exercício de sua atividade econômica, teria limites em incluir em seus interesses outras perspectivas além das próprias, desconsiderando, por exemplo, questões como o meio ambiente e as futuras gerações (FABER, 2002, p. 323-333).

Para a teoria do valor shareholder, o empresário ter de lidar com interesses de terceiros e valores sociais seria um custo proibitivo ao exercício da empresa, levando à sua ineficiência, a

prejuízos econômicos e à possível falência. O valor shareholder procura privilegiar apenas a eficiência econômica da empresa e a consequente maximização das suas riquezas e dos investidores.

Milton Friedman (1982, p. 112) defende que deixar livre o exercício da empresa (liberdade de iniciativa em sentido absoluto) faria com que a atividade empresarial pelos seus empresários e administradores atendesse de fato à sua verdadeira responsabilidade social, qual seja, de gerar e aumentar lucros, “desde que permaneça dentro das regras do jogo, o que é dizer, se engaja em uma concorrência aberta e livre, sem enganos ou fraude”.

Contudo, a própria afirmação demonstra a necessidade de uma mão visível do Estado para garantir o bem-estar social, mas também vedar abusos e fraudes. Em um comparativo aproximado, seria o mesmo que dizer que o ser humano não precisa do Direito Penal, pois, garantida a sua liberdade, ele não cometeria crimes. Na mesma medida, Friedman equivocou-se em suas afirmações ao demonstrar desconhecer, além da existência de um Direito coercitivo, seguido de sanções, um Direito promocional capaz de atender às necessidades da responsabilidade social da empresa.

O certo é que não existiria problema algum em se estudar e apreciar o valor de um acionista para o mercado e para a sociedade que receba ou pretenda receber seus investimentos. A crítica que se faz à teoria do shareholder value é que esse não pode ser o único valor da empresa contemporânea. Outros sujeitos afetam e são afetados pela atividade empresarial diuturnamente, e o sistema de Estado adotado pelo Brasil não admitiria que eles fossem esquecidos. Destarte, a esse valor agregam-se outros.

No Reino Unido, até alguns anos atrás, o sistema de valoração dos interesses empresariais era bem próximo do americano; contudo, atualmente, está caminhando para ficar mais próximo do parâmetro europeu e japonês de valores empresariais. Os recentes escândalos corporativos, como os da WorldCom e da Enron²¹⁶, levaram o Reino Unido a um caminho contrário do shareholder value, até a incorporação em seu Direito de valores ligados aos stakeholders, ou o mais próximo dessa teoria, como se verá adiante. O próprio governo americano começou a repensar seus valores, aprovando a Lei Sarbanes-Oxley em 2002.

O processo de transformação da empresa e a absorção da teoria dos stakeholders, infelizmente, não ocorrerão do dia para a noite; dependerão de uma adaptação do seu entendimento e dos principais institutos correlatos, como ocorreu com todas as grandes conquistas da humanidade.

Ihering (2000, p. 41) deixa isso claro ao afirmar que as maiores conquistas na história do Direito, da abolição à liberdade em todos os seus sentidos, só são conquistadas por árdua luta. Para ele, “o direito é como Saturno devorando seus próprios filhos; renovação alguma lhe é possível sem romper com o passado”. Conclui que o Direito “será eternamente o porvir”. Pietro Perlingieri (2008, p. 6) destaca que a constitucionalização do Direito Privado no seu país levou décadas para ser aceita e começar a ser implantada pelo Judiciário italiano.

216 O caso Enron Corporation foi uma das maiores fraudes ocorridas no mundo. A empresa americana de energia e comunicação, uma das maiores do mundo, fraudou sua contabilidade para esconder dos investidores um rombo de mais de US\$ 25 bilhões, afirmando por dois anos ter lucros consideráveis, fazendo com que os envolvidos continuassem a lucrar à custa das vítimas da fraude e até mesmo da Arthur Andersen, que fazia suas auditorias. O caso WorldCom, por sua vez, também se referiu a uma grande fraude de outra mega multinacional americana com inflação artificial dos lucros, abalando todo o mercado internacional de investimentos com uma dívida superior a US\$ 30 bilhões, influenciando em grandes corporações credoras como o Citigroup, Bank of America e Chase, que amargaram prejuízos bilionários.

Teoria do valor stakeholder

O grande problema em privilegiar exclusivamente os empresários e investidores sem o devido controle é que se gerou na história da economia mundial uma série de crises econômicas, levando empresários, famílias e nações à falência completa. Dar tamanho poder aos administradores sob o pretexto de privilegiar exclusivamente o empresário e os sócios-investidores, sem interferência estatal, também causa problemas aos acionistas que não controlam e não têm o poder de fiscalizar a sociedade.

É certo que, sem a devida valorização e segurança jurídica dos shareholders, os investimentos tenderiam a desaparecer paulatinamente, até que o mercado viesse a se esgotar e se criasse outra forma de crise econômica e social. Contudo, como mencionado, outros valores devem ser vistos pelo gestor da empresa, além da valorização dos sócios e do próprio empresário.

O problema estaria, no entanto, em como identificar os outros valores que se deva agregar à empresa no seu exercício. Quem seriam os detentores de outros interesses a ser protegidos? Privilegiar os interesses externos à empresa, iria prejudicá-la? O grande problema dos defensores da teoria do valor shareholder está na ideia de separação entre eles e os stakeholders, como se não pudessem coexistir, como se não existisse uma área de equilíbrio em que ambos os interesses fossem privilegiados. De fato, há outros valores além daqueles interesses dos shareholders, valores e interesses internos e externos à empresa, os interesses dos stakeholders, tão importantes quanto o do próprio empresário e dos investidores, especialmente quando analisada a empresa em longo prazo.

Para tanto, o stakeholder seria qualquer grupo ou indivíduo que tenha algum interesse sobre a atividade empresarial, podendo influir ou ser influenciado pelas suas ações e/ou omissões. Isso refletiria a melhor interpretação do texto constitucional em vigor ao eleger seus princípios básicos, protegendo o equilíbrio entre a livre-iniciativa e o bem-estar social.

A Constituição Federal optou por um modelo de capitalismo social, em que princípios individuais e sociais encontrariam guarida no Estado de forma equilibrada. Com isso, a propriedade privada deveria estar equilibrada com a sua função social, bem como a livre-iniciativa e a liberdade de concorrência econômico-empresarial equilibradas com a valorização do trabalho humano, a defesa do meio ambiente e do consumidor.

O principal mecanismo jurídico utilizado para funcionalizar-se o contrato, parece-me, é o da diminuição da força relativa dos contratos e do dirigismo estatal. [...] Uma das razões pelas quais o ordenamento jurídico tutela o consumidor pela atuação direta do Estado, parece-me, consiste no fato de que, justamente por não inserir a utilidade econômica do contrato numa cadeia produtiva (i.é, em outros contratos), de modo a diluir seus riscos nesta relação de consumo em outras relações, o consumidor concentra maiores riscos, ou melhor, possui menores possibilidades de diluir seus riscos noutras relações (CAVALLI, 2011, p. 38).

Enquanto o liberalismo foi orientado pelo enfrentamento ao absolutismo do Estado, protegendo a propriedade privada e a liberdade do indivíduo, o Estado Social procurou resguardar a justiça social e a igualdade (CANOTILHO, 1993, p. 408). Isso é facilmente verificado nas Constituições portuguesa e brasileira.

O sistema adotado pela Constituição brasileira é bem próximo daquele adotado pelo Direito português. A Constituição da República Portuguesa de 25 de abril de 1974 previu em seu art. 80 que a organização econômico-social estaria baseada, entre outros, nos princípios da subordi-

nação do poder econômico ao poder político democrático; da coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; da liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; do planejamento democrático do desenvolvimento econômico e social; da participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das atividades econômicas na definição das principais medidas econômicas e sociais.

O Estado português, portanto, deveria

promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; [...] orientar o desenvolvimento econômico e social no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e eliminar progressivamente as diferenças econômicas e sociais entre a cidade e o campo; assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; [...] garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores; criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planejamento democrático do desenvolvimento econômico e social; e assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país (art. 81 da Constituição portuguesa).

Por conta disso, o Direito português, dando aplicabilidade aos princípios de sua Constituição, passou a alterar a legislação infraconstitucional para garantir a sua efetividade. O Código de Sociedades Comerciais, que dispunha em seu art. 64:

[os] gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar [...] no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”, passou após 29.3.2006 a dispor que os administradores sociais terão “deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

No Reino Unido, como mencionado, houve uma mudança de paradigmas empresariais com a edição da nova Lei das Companhias em 2006. As entidades organizadas locais levaram o país a alterar as regras corporativas para atender à necessidade de uma governança corporativa e aos interesses dos stakeholders. A teoria adotada pelo Reino Unido se situa entre a shareholder value e a stakeholder value puras. Esse meio-termo é denominado de teoria do valor iluminado do acionista (enlightened shareholder value ou enlightened managerialism).

Pela teoria do valor iluminado do acionista, ainda se privilegiariam os ganhos dos investidores de forma imediata, porém indo além, para atender também aos interesses dos stakeholders em longo prazo. Entretanto, ao contrário de ser uma terceira via, a teoria do valor iluminado do acionista não contrariaria o valor do stakeholders, mas o faria sem esquecer-se dos investidores. Eles não deixam de ser stakeholders, mas eram tratados como os únicos até bem pouco tempo, daí a necessidade de não serem substituídos e valorizados tanto quanto outros sujeitos interessados. A não valorização de qualquer stakeholder, inclusive os investidores, implica caminhar para o desaparecimento gradual da empresa, e não para o cumprimento de sua função social.

Assim, a função social do contrato e, por consequência, da empresa, enquanto centro de conflu-

ência de contratos, consiste na busca da preservação de interesses de determinado sujeito (sujeito 'a') na sua relação havida com outro sujeito (relação entre sujeito 'a' e o sujeito 'b'), os quais, para serem preservados, são oponíveis a relações nas quais não é parte (relação entre sujeito 'b' e sujeito 'c', na qual não é parte o sujeito 'a', por exemplo), mas que possuem em comum o fato de serem direcionadas ao mesmo sujeito (sujeito 'b') com a mesma função econômica (atender a necessidades alheias mediante a produção de bens ou serviços). Decorre dessa intercomunicação entre relações aparentemente isoladas uma gama de deveres de abstenção ou, até mesmo, de ação (CAVALLI, 2011, p. 41).

O Direito britânico, também de 2006, modificou sua Lei de Companhias para incluir na seção 172, como dever fundamental do administrador social, a promoção do sucesso da empresa. Essa alteração, porém, atende a princípios como o da boa-fé, privilegiando os sócios na sua integridade, com a devida atenção às consequências das ações empresariais de longo prazo, como os interesses dos trabalhadores da empresa, a necessidade de estimular as relações profissionais com fornecedores, clientes e outros sujeitos, o reflexo da empresa na comunidade e ambiente, a conveniência de a empresa manter uma reputação de nível elevado de exigência quanto ao seu comportamento no mercado e a necessidade de agir corretamente com os sócios. Não apenas os interesses do empresário e dos sócios deveram ser levados em conta pelo administrador, mas também aqueles dos stakeholders como fornecedores, consumidores, empregados e a comunidade como um todo.

Para alguns autores, a teoria do valor iluminado do acionista apenas protegeria os stakeholders quando se atendessem aos interesses primários dos shareholders. Menezes Cordeiro (2007, p. 41) defende que

[...] exigir 'lealdade' no interesse da sociedade e, ainda, atentando aos interesses (a longo prazo) dos sócios, e ponderando os de outros sujeitos, entre os quais os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas. Quem é 'leal' a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente.

Isso se verificaria pelo caso inglês Hutton contra West Cork Railway (1883), em que o magistrado julgou que "a lei não diz que não devem ser distribuídos bolos e refrigerantes (aos trabalhadores), mas não devem ser distribuídos bolos e refrigerantes exceto quando isso beneficie a empresa" (SEALY; WORTHINGTON, 2010, p. 148)²¹⁷.

Para alguns autores, os ingleses definem essa procura de defesa dos interesses dos stakeholders, porém com destaque aos shareholders; seria uma versão nova da teoria do valor dos sócios, a Teoria do Valor do Sócio ou Interesse Social Iluminado (SERRA, 2010, p. 160). Porém, em casos de greve, e. g., em que as ações dos trabalhadores não privilegiariam o sócio, como seria possível a aplicação desta teoria? Sendo a greve um direito constitucionalmente garantido, no Brasil seria impossível a sua aplicação, mesmo que de uma forma mais voltada à proteção dos stakeholders. A proteção dos stakeholders deve fazer parte da função social e da responsabilidade social da empresa, ainda quando o empresário (individual ou coletivo) e os sócios não sejam privilegiados diretamente. Isso também não importa dizer que ocorrerá a substituição de um abuso do direito por outro, havendo limites até mesmo para a defesa dos stakeholders, como no caso de abusividade e ilegalidade da greve declarada pelo Judiciário.

Na realidade, defender uma teoria mista sobre a lei britânica de corporações de 2006 seria o

217 Tradução livre.

mesmo que não a alterar. Com isso, determinar que os administradores têm o dever de promover o sucesso da empresa, contudo, dando a devida importância aos interesses dos stakeholders e ao princípio da boa-fé, faz aquele país adotar uma teoria dos stakeholders value mais forte, conforme esperado pelos próprios empresários locais (GAMBLE; KELLY, 2001, p. 110-116).

Até mesmo o Direito americano deu início a uma caminhada para a teoria do valor stakeholder, notadamente com as crises surgidas a partir do descontrole empresarial quase que completo, como com a Enron e a WorldCom, que deram origem à Lei Sarbanes-Oxley. Essa lei, de 30 de julho de 2002, que leva os nomes do senador e do deputado que a propuseram, tem como finalidade a criação de um sistema de controle de auditoria confiável da empresa para o mercado, os investidores, o Estado e toda a sociedade. Seu objetivo é a redução dos riscos dos negócios sobre terceiros que não administrem ou controlem a empresa, tornando-a mais transparente e confiável para todos.

É possível a convivência entre o mercado e a teoria dos stakeholders?

Os críticos da teoria dos stakeholders acabam trazer para o plano político seus argumentos, utilizando-se das restrições pessoais do leitor. A teoria dos stakeholders surgiu, como já mencionado, nos Estados Unidos, e é conhecida a restrição do povo americano à política socialista e ao anticapitalismo. Sabendo disso, os críticos se utilizavam desses argumentos para gerar restrições à sua assunção.

Um dos maiores críticos da responsabilidade social da empresa e da teoria dos stakeholders é Milton Friedman. Segundo o autor, minaria os fundamentos da sociedade livre defender que a empresa, por meio de seus administradores, buscasse cumprir uma eventual responsabilidade social que não fosse o lucro para o empresário e investidores. Para ele, a defesa de outros interesses representaria um controle de preços e salários e “uma doutrina fundamentalmente subversiva” (FRIEDMAN, 1982, p. 112-113).

Primeiramente, dizer que a responsabilidade social está ligada tão somente ao controle de preços e salários para a redução dos índices inflacionários é um argumento falho, pois tanto empresários como gestores abusam no exercício da empresa, e a responsabilidade social teria como objetivo evitar esse abuso, privilegiando interesses maiores que os meramente individuais e atendendo a outros interesses, como os dos stakeholders. Friedman (1982) tece essa crítica ao controle feito pelo governo americano na década de 1960 quanto ao preço do aço.

Todavia, um exemplo marcante de abuso que iria contraditar na mesma moeda o de Milton Friedman ocorreu na crise econômica de 2008 nos EUA. Com a crise em pleno clímax, empresários procuraram o governo americano pedindo socorro para evitar a quebra generalizada e foram atendidos. Quase no mesmo momento, administradores foram vistos usando aeronaves pessoais e recebendo grandes bonificações, quando o presidente Obama declarou que, se os empresários continuassem a gastar sem limites e a bonificar os administradores, iria supertributar tais bonificações e retirar os investimentos e incentivos feitos pelo governo. Essa reação se deu pelo abuso de empresários e administradores em apenas valorizar interesses individuais, a despeito de terem, no momento da crise, considerado que o governo teria o dever de auxiliá-los.

Ademais, ele relaciona liberdade e bem-estar como situações antagônicas, o que não deve ocorrer. O autor usa em seu discurso o conhecido receio americano ao socialismo para justificar a crítica à igualdade e ao bem-estar social, como se fossem políticas exclusivamente socialistas e

não pudessem se inserir no processo econômico capitalista (FRIEDMAN, 1982, p. 5, 13). As boas conquistas do liberalismo devem ser enaltecidas; todavia, junto delas (ou logo após), vieram a exploração e a mudança de um centro de poder concentrado no Estado para um centro de poder concentrado no mercado, onde quem manda é o mais forte, o que mais tem, e se corre o risco de a sociedade retornar para um processo de autotutela disfarçada. É o mesmo considerar que se vive em uma sociedade em que o indivíduo vale pelo que tem, e não pelo que é de fato, desumanizando o próprio Direito com isso.

O que se verifica realmente é que a teoria dos stakeholders representa uma nova visão, uma nova postura à frente do capitalismo, não a assunção de uma política socialista ou mesmo outra forma de contradição ao capitalismo. A sua redução a termos de opção política de esquerda ou direita implica usar os temores sociais como instrumento de convencimento, deixando de lado argumentos mais sólidos para a construção de uma melhor empresa e, por via de consequência, melhor sociedade. Mesmo assim, Friedman (1982, p. 112) e defensores de um anarcocapitalismo insistem em críticas infundadas às teorias enfrentadas.

A visão vem ganhando aceitação generalizada de que os funcionários da empresa e líderes trabalhistas têm uma “responsabilidade social” que vai além de servir o interesse de seus acionistas ou de seus membros. Esta visão mostra um equívoco fundamental do caráter e natureza de uma economia livre.

Em tal economia, há uma e apenas uma responsabilidade social de negócios para usar seus recursos e se envolver em atividades destinadas a aumentar seus lucros, desde que permaneça dentro das regras do jogo, o que é dizer, se engaja em uma concorrência aberta e livre, sem enganos ou fraude.

Na verdade, a função e a responsabilidade social da empresa e a teoria dos stakeholders não atacam a economia capitalista, mas a transformam em uma estrutura econômica e social equilibrada, privilegiando a propriedade privada, inclusive através dos meios de produção livre, adotando em contrapartida princípios como a função social da propriedade, do valor social do trabalho, a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Aqui o status quo econômico no que respeita à estrutura da propriedade e posse dos meios de produção mantém-se inalterado, mas se adota uma política social que abrange não apenas medidas de proteção existenciais (o que em língua alemã se chama *Daseinsvorsorge*), mas também a criação de infra-estruturas sociais conjugadas com uma política geral de desenvolvimento (o chamado *allgemeine Wachstumsvorsorge*) (CANOTILHO, 1993, p. 409).

Falar-se, então, em função social, seja da propriedade privada, do contrato ou da empresa, não é abstrair da ordem econômica a livre-iniciativa empresarial e a liberdade de concorrência; pelo contrário, é procurar coibir, sim, o abuso do poder econômico com prejuízo da sociedade na sua integralidade. O mesmo ocorre com a responsabilidade social da empresa e a teoria dos stakeholders. A sua defesa não importa em privilégio demasiado para terceiros em detrimento do empresário e dos investidores, mas em evitar que o ganho econômico seja o único objetivo da empresa e do Direito ao regulá-la.

As teorias da função e responsabilidade social e dos stakeholders não irão extinguir o capitalismo; pelo contrário, elas o mantêm, pois estudam o processo econômico não mais em curto prazo, mas em médio e longo prazo. Essas teorias defendem o uso ético da empresa e do capitalismo com maior interferência do Direito, seja de forma coercitiva ou promocional. São teorias

inclusivas de outros valores, além daqueles relativos aos shareholders, e não excludentes da livre-iniciativa, que passa a ser interpretada conforme elas, tal qual fez o art. 421 do Código Civil com os contratos.

Destarte, verifica-se que a partir da segunda metade do século XX o sistema político-econômico (de capitalismo liberal) até então vigente evolui para um sistema de capitalismo social inclusivo de outros interesses, além do lucro dos empresários e investidores, elevando a atividade econômica de produção e/ou circulação de bens e/ou serviços a um nível de interesse social. Atualmente, para o investidor, tão importante quanto a lucratividade é a imagem da empresa perante todos os atores que sejam influenciados ou influenciem essa atividade.

Essas novas características fazem com que as empresas, em particular as indústrias, percebam seu papel no contexto social, abrindo-se para novas demandas sociais, como o conceito atual de inclusão. Em virtude das mudanças na concepção social da participação das minorias, a questão da inclusão social assume a centralidade na sociedade (DARCANHY, 2011, p. 228-229).

Evolui-se de um sistema de influência da atividade empresarial única e exclusivamente endógena, com o mercado se autorregulando, considerando-se autossuficiente para enfrentar e evitar abusos, fraudes e crises econômicas, para uma empresa de influência também exógena.

Seria possível dizer que a proposta da teoria dos stakeholders envolveria nacionalizar a economia e a atividade empresarial e que o viés social da empresa só se perfaz pelo capitalismo *laissez faire*; contudo, nenhuma das duas propostas reflete nem a teoria dos stakeholders, muito menos as necessidades da sociedade contemporânea, para enfrentar aquilo que Freeman (1984, p. 8) chamou de períodos turbulentos atuais. Para ele, os gestores devem efetuar mudanças internas e externas à empresa de forma mais eficaz.

As mudanças internas estariam relacionadas aos proprietários (empresários individuais ou sócios em empresários coletivos), consumidores, empregados e fornecedores. A ideia de Freeman não é referir-se à condição interna da empresa em relação ao sujeito, uma vez que obviamente consumidores e fornecedores são interesses externos à empresa, mas sim sob o ponto de vista da mudança de dentro para fora, incluindo, por esse motivo, consumidores e fornecedores.

Em relação aos empresários individuais e sócios (proprietários), não se pode mais ter como único fim a ser alcançado o ganho individual com retorno dos investimentos, seja pela valorização de quotas e ações, seja pela percepção de dividendos e *pro labore*. “O Chefe Executivo (CEO) que se preocupa apenas com o pagamento de dividendos aos acionistas, ou aumentar o valor de seu patrimônio, por lucro, por ação e os aumentos de preços de ações, é certamente um excelente candidato para o desemprego por meio de aquisições” (FREEMAN, 1984, p. 9)²¹⁸.

Diante dos consumidores, os empresários conservadores se preocupam muito mais com questões cosméticas de produtos e serviços do que com a qualidade em si. Isso permite apenas um retorno em curto prazo pela visão quantitativa da venda de produtos ou serviços, não se sustentando com o passar do tempo e a falta de qualidade deles. Empresários não investem tanto em pesquisas como no passado, preferindo reduzir as inovações tecnológicas (qualidade) pela ênfase principalmente na imagem. Isso é facilmente demonstrado nos Estados Unidos, que em curto prazo deixarão de ser a maior economia do mundo e serão superados pela China.

218 Tradução livre.

Esta anunciada queda econômica do padrão de produção americano, seguido por muitos países do mundo, reflete na relação aos empregados, forçando vários empresários a repensar a relação empregador-empregado para maior valorização e qualidade do trabalho, humanizando mais esta relação, até então vista de forma eminentemente patrimonialista. É o que a Constituição Federal de 1988 tratou como valorização do trabalho humano. É mudar a relação de trabalho de formato antagônico e beligerante para uma relação simbiótica, de mútua colaboração. Como afirma Eduardo Tomasevicius Filho (2011, p. 46), “o ser humano não é autossuficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável. A atividade particular de cada ser humano deve harmonizar-se com as atividades dos demais, resultando numa divisão geral do trabalho”.

Finalmente, em relação aos fornecedores, empresários e gestores devem entender que a globalização faz com que os interesses a ser atendidos não sejam locais apenas. Nenhum país no mundo pode se considerar autossuficiente, e relacionando-se com fornecedores do mundo inteiro, deve introjetar a ideia de que questões políticas são atualmente tão importantes quanto o relacionamento de preço e qualidade com os fornecedores.

Por outro lado, as mudanças externas estariam ligadas ao(s) governo(s), aos concorrentes, aos grupos de defesa do consumidor, aos grupos de defesa do meio ambiente, aos grupos de defesas especiais e à mídia. Ao contrário das mudanças internas, que são perfeitamente controláveis pelo empresário e gestores, as mudanças externas são imprevisíveis e, dependendo do grau de interferência na empresa e na economia, geram insegurança. “É aquela área obscura do plano empresarial que prevê mudanças regulatórias, o aumento da inflação e das taxas de juros e mudanças na demografia” (FREEMAN, 1984, p. 12)²¹⁹. Apesar de obscuras à atividade empresarial, quando absorvidas de fato por empresários e gestores, convertem-se em mudanças internas, mais facilmente detectáveis, compreensíveis e aplicáveis na prática empresarial. Todavia, para que as mudanças externas se transformem em internas é necessária uma mudança de paradigmas (conceituais e de técnicas) nas práticas empresariais. Enquanto isso não ocorre, as mudanças e interesses externos são vistos como instrumentos de pressão e crise empresarial (FREEMAN, 1984, p. 13).

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua (COMPARATO, 2011, p. 77).

Entre as mudanças externas de maior influência sobre a atividade empresarial está o governo ou os governos. O(s) governo(s) exerce(m) sua influência sobre a atividade empresarial por meio do Direito; contudo, a depender de cada país que se analise, essas mudanças se tornam mais ou menos críticas. É o que ocorre com os Estados Unidos. Lá, cada Estado-Membro tem autonomia legislativa muito maior do que a verificada no Brasil, trazendo mais incertezas aos empresários do que aqui. No Brasil, a despeito da competência legislativa concorrente em outras áreas como o Direito Tributário e Econômico (art. 24, inciso I, da CF/1988), a competência para legislar sobre Direito Empresarial, Civil e Trabalhista pertence privativamente à União (art. 22, inciso I, da CF/1988), o que gera (ou devendo gerar) mais segurança do que em outras localidades.

219 Tradução livre.

De qualquer sorte, até mesmo no sistema brasileiro não há um formato monolítico de Estado, sofrendo a empresa múltiplas influências governamentais e em múltiplos níveis. Com isso, cada pessoa e órgão governamental podem gerar pontos de influência sobre a empresa, não só o Legislativo e Executivo, mas também o Judiciário.

Mesmo assim, a influência estatal nem sempre é vista com bons olhos por influir sobre a atividade privada. Normalmente isso ocorre até eclodirem crises econômicas, passando os maiores críticos da mão visível do Estado a conclamar a sua ingerência e, muitas vezes, a culpá-lo pela crise, quando, na verdade, empresário e gestores fecharam os olhos a interesses diversos na gestão empresarial.

Conclusão

É inegável que após a Revolução Industrial a empresa, como atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços, ganhou forma e força suficientes para ter vida própria dentro do Direito, influenciando e sendo influenciada por ele todos os dias. A sua importância para o Direito se dá notadamente por estar profundamente arraigada em todas as ciências jurídicas, bem como da sociedade contemporânea, tornando obrigatório ao Direito um estudo mais detido. A empresa hoje é vista não só pelo Direito Empresarial, mas também pelo Direito Civil, pelo Direito do Trabalho, pelo Direito do Consumidor, pelo Direito Tributário, pelo Direito Penal e igualmente pelo Direito Constitucional.

Os grupos de interesses especiais ganham cada vez mais destaque diante dos problemas causados pela atividade empresarial e a desatenção perante os stakeholders específicos. Paralelamente aos stakeholders individuais, os grupos de interesses especiais impessoalizam a defesa dos interesses dos indivíduos, evitando atitudes persecutórias contra indivíduos, como ocorre com consumidores, trabalhadores e fornecedores que se demonstrem vulneráveis diante dos empresários com interesses exclusivamente de ganho pessoal. Esses grupos seriam também sujeitos interessados que cada vez mais fortemente influenciam os rumos da empresa, impondo-lhe fortes modificações atitudinais.

O que chama a atenção para a teoria dos stakeholders é que ela agrega na empresa todos os indivíduos que convivam ou venham a conviver no meio social. Neste sentido, conforme o valor a ser protegido, não só indivíduos, como também grupos de interesses específicos como a defesa do consumidor, do meio ambiente e do trabalhador, não apenas os interessados atuais, como também aqueles que estejam por nascer.

Seja como função social cogente, seja como atividade ou responsabilidade social voluntária, verifica-se que a empresa chega a um estágio da sua existência que a difere do antigo comércio, fazendo com que o Direito Empresarial tenha enfoque muito mais personalista do que o antigo Direito Comercial, cabendo aos seus sujeitos preocuparem-se cada vez mais com os stakeholders, seja no cumprimento de seus deveres, seja para atraí-los em número cada vez maior.

Por essa razão, o Direito não tem fechado os olhos a esses entes interessados, buscando a regulamentação das suas relações com a empresa, seja obrigando-a e sancionando-a quando cumprida ou não a função social, seja educando-a e incentivando-a quando cumprida ou não a responsabilidade social. É a busca pela aplicação do solidarismo jurídico à empresa, bem com a busca da empresa sustentável e a governança corporativa ética.

No entanto, ao contrário do que muitos pensam, a teoria dos stakeholders em momento algum representaria uma abordagem socialista da empresa; pelo contrário, surgiu em países de economia fortemente capitalista e liberal, mas de doutrinadores conscientes da revisão da empresa para que ela finalmente entre no século XXI com uma postura muito mais humanizada.

Dessa forma, enquanto o Direito Civil, já no final do século passado, procurava a sua repersonalização e despatrimonialização de seus institutos, o Direito Empresarial só assumiu essa postura com o advento da Constituição de 1988, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002.

A teoria dos stakeholders entra no Direito Empresarial como forma de repersonalizar e despatrimonializar seus elementos, a saber, empresa, empresário e estabelecimento. Entretanto, na mesma medida que ocorreu no Direito Civil, despatrimonializar não importaria em retirar o patrimônio da cena jurídico-empresarial, mas colocá-lo na sua correta posição, de coadjuvante das relações jurídicas, ficando o stakeholder (em sentido amplo ao incluir os shareholders) como fim verdadeiro do Direito Empresarial.

A teoria do stakeholder implementa na empresa contemporânea uma mudança de caminho. A atividade empresarial sai do objetivo único de privilegiar o empresário e os sócios, para também ter em mente outros sujeitos interessados no seu sucesso, influenciando suas decisões e recebendo influência dessa atividade.

Os valores a serem protegidos, então, não seriam os da empresa ou dos stakeholders, mas de ambos, na realidade. A partir do momento em que são privilegiados os interesses dos stakeholders e internalizados como mudança da própria atividade empresarial, a realização desses interesses é a realização dos interesses da própria empresa. As influências e mudanças de forças externas passam, portanto, a serem mudanças internas da empresa.

A relação entre os empresários no exercício de sua empresa com os stakeholders é uma relação simbiótica. O empresário, então, depende de consumidores, dos trabalhadores e de outros stakeholders assim como eles dependem dela. A adoção dessa novel visão da empresa evitaria o crescimento dos dissídios envolvendo a atividade empresarial e tenderia a evitar a ocorrência de crises econômicas no meio empresarial ou ainda reduzindo os efeitos de eventuais crises sobre a atividade empresarial e todos os sujeitos interessados nela.

Destarte, a despatrimonialização não negaria o interesse dos empresários e sócios à circulação de riquezas e à obtenção de lucro. O estabelecimento como patrimônio empresarial é um dos elementos primordiais do Direito Empresarial e fator preponderante para o exercício da empresa. A própria empresa tem como elementos também o capital e os insumos. Tudo isso demonstra que a despatrimonialização não nega ao Direito Empresarial o patrimônio, mas readéqua os objetivos da empresa.

O empresário e os sócios ainda manteriam os seus objetivos individuais de lucro, privilegiados como sujeitos empresariais, mas também seriam privilegiados os consumidores, os trabalhadores, o Estado e a atual, assim como as futuras gerações sociais, novos sujeitos da atividade empresarial.

A empresa, conseqüentemente, é o centro de convergência de vários interesses de cada ator da atividade empresarial, do próprio empresário e dos sócios, como stakeholders primitivos (atualmente shareholders) e de outros sujeitos que influenciem e sejam influenciados pela atividade empresarial (atualmente simplesmente stakeholders).

A teoria dos stakeholders é o centro da repersonalização do Direito Empresarial, re-humanizando-o ao permitir que o patrimônio empresarial seja usado para os interesses de inúmeros sujeitos afetados pela atividade empresarial. Ela tem como finalidade encontrar o ponto de equilíbrio entre a eficiência econômica e os princípios socialmente relevantes, elegendo o ser humano não só como fim de alguns ramos jurídicos, mas do Direito como um todo. Uma empresa inserida em um Estado Social tem como verdadeiro objetivo os seus stakeholders.

Os stakeholders passam a ser verdadeiros ativos intangíveis do empresário, agregando valor à sua empresa. Todavia, a despeito de não poderem ser alienados como objetos, é fato que os stakeholders servem como instrumento que agregará valor à empresa, tal qual ocorre com o aviamento. Sendo o aviamento o potencial de lucratividade e de clientela, e também não pode ser objeto de alienação, mas serve como elemento empresarial de grande importância ao definir o valor da empresa, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas que hoje os stakeholders também serviriam como elemento que agrega valor (não apenas econômico) à empresa.

Como ativos, mesmo que intangíveis, os empresários podem agregar valor inclusive econômico à empresa por meio dos stakeholders. No momento da alienação ou arrendamento do estabelecimento, a fixação do valor deve obviamente levar em conta os interesses dos stakeholders atendidos pelo empresário no exercício de sua empresa. Se, dentre os valores sociais, está a atenção aos interesses dos stakeholders, eles fazem com que a empresa cresça social e economicamente, aumentando o seu valor em todos os sentidos.

Por tudo isso, verifica-se que o Direito Empresarial vem passando por um processo de transformação que o tem levado, mesmo que lentamente, a uma valorização de todos os entes com que interaja ou que sofra influência de seus atos, direta ou indiretamente. O fator preponderante para se chegar a esse estágio foi a constitucionalização do Direito Privado, elevando a empresa com atividade que influencie diretamente a ordem social, além da própria ordem econômica.

A não satisfação dos interesses dos stakeholders certamente fará com que a empresa encontre a sua finitude. A teoria dos stakeholders procura valorizar outros interesses além dos originários, os próprios empresários e sócios, para alcançar uma gama de interesses que fará com que a atividade empresarial não sofra solução de continuidade. Pelo contrário, fechada a interesses externos, certamente a sua vida será curta, dados confrontos constantes com trabalhadores, consumidores, o Estado e a atual e futuras gerações sociais. Sendo a relação com os stakeholders simbiótica, tal qual na natureza, a valorização de um importa na necessária valorização de ambos.

Referências

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAVALLI, Cássio. Apontamentos sobre a função social da empresa. In: WALD, Arnaldo (Org.). Doutrinas essenciais de direito empresarial. São Paulo: RT, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: WALD, Arnaldo (Org.). Doutrinas essenciais de direito empresarial. São Paulo: RT, 2011.
- CORDEIRO, António Menezes. Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. In: Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura – A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Almedina, 2007.
- DARCANCHY, Mara Vidigal. Responsabilidade social da empresa e a constituição. In: WALD,

- Arnoldo (Org.). Doutrinas essenciais de direito empresarial. São Paulo: RT, 2011. v. 1.
- FABER, M. et al. Homo economicus and homo politicus in ecological economics. *Ecological Economics*, v. 40, 2002.
- FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Núcleo de ação social. Responsabilidade social empresarial: panorama e perspectivas na indústria paulista. São Paulo: NAS, 2003.
- FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago, 1982.
- GAMBLE, Andrew; KELLY, Gavin. Shareholder value and the stakeholder debate in the UK. *Corporate Governance*, v. 9, n. 2, abr. 2001.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. [s. l.]: eBooksBrasil, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: *Direito civil contemporâneo*. São Paulo, Atlas, 2008.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- SADDI, Jairo. Por uma nova visão do regulador bancário. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2011. v. 7.
- SEALY, Len; WORTHINGTON, Sarah. *Cases and materials in Company Law*. Nova York: Oxford University Press, 2010.
- SERRA, Catarina. O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável. *Scientia Iuris*, v. 14, p. 155-179, nov. 2010.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011.

OS CONTRATOS E O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE RISCOS

*Milena Donato Oliva*²²⁰

*Paula Greco Bandeira*²²¹

Introdução

Assiste-se, na contemporaneidade, à Era do Risco, na qual os riscos das atividades econômicas privadas hão de ser geridos pelos diversos institutos jurídicos presentes no ordenamento, com o escopo de promoção dos interesses in concreto mercedores de tutela, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Exsurge, assim, nesse cenário, o contrato como instrumento de gestão dos riscos econômicos por excelência, expressão da autonomia privada, ao lado de outras figuras de direito privado, como é o caso do patrimônio de afetação, que igualmente se destinam à gestão de riscos.

Como se verá no decorrer deste texto, os contratos alocam riscos econômicos relativos à determinada atividade desempenhada pelos contratantes, definindo, desse modo, as responsabilidades que decorrerão do implemento dos eventos futuros incertos. Essa alocação de riscos será estabelecida no caso concreto, de acordo com os interesses das partes, e poderá assumir a forma de gestão positiva ou negativa. O patrimônio separado, por sua vez, encontrando seu fundamento na lei, destina-se a blindar determinado conjunto de ativos de riscos que não se relacionem à sua específica finalidade.

O contrato como instrumento de alocação de riscos

Os negócios jurídicos levados a cabo pelos particulares têm por finalidade repartir os riscos de determinada atividade econômica entre os contratantes, de modo a fixar as respectivas responsabilidades. Por outras palavras, atribui-se ao contratante a responsabilidade pelas consequências deflagradas pelo implemento de determinado fato superveniente previsível, cuja ocorrência, no momento da contratação, era incerta (*rectius*, risco). A verificação do risco repercutirá, dessa forma, na esfera jurídica dos contratantes, desencadeando as responsabilidades definidas no contrato, com impacto na relação contratual e na economia das partes.

À guisa de exemplo, em contrato de empreitada, pode-se atribuir ao empreiteiro a responsabilidade por determinados riscos geológicos que, uma vez verificados, poderão atrasar a conclusão da obra. Nesse caso, os prejuízos econômicos daí decorrentes hão de ser suportados pelo empreiteiro, que se responsabiliza notadamente pelos danos sofridos pelo dono da obra. Ou, ainda, em contratos de compra e venda de energia, a comercializadora, que se compromete a entregar determinada quantidade de energia aos compradores, responde pela sua escassez, devendo comprar a energia no mercado para atender aos compromissos assumidos.

A alocação dos riscos econômicos há de ser identificada no caso concreto, de acordo com o específico regulamento de interesses. Desse modo, mostra-se possível alargar a responsabilidade

220 Professora de Direito Civil e do Consumidor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

221 Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

dos contratantes, imputando-lhes risco maior do que aquele comumente assumido em determinado tipo contratual. No mencionado exemplo do contrato de empreitada, as partes podem atribuir ao empreiteiro a responsabilidade pelas chuvas abundantes que atrasem o cronograma da obra, ainda que, normalmente, as chuvas configurem fortuito ou força maior, que afastaria a responsabilização do contratante.

A partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou correspectividade entre as prestações, a qual revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação econômica traduz o equilíbrio intrínseco do concreto negócio e, por isso mesmo, há de ser perseguida pelas partes²²² (BIANCA, 1987, p. 488).

Daí afirmar-se que o conceito de risco contratual se relaciona diretamente com o de equilíbrio, tendo em conta que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste (BESSONE, 1969). Ao se perquirir a alocação de riscos estipulada pelos contratantes, segundo a vontade declarada, o intérprete deverá atentar para o tipo contratual escolhido e para a causa concreta do negócio. Cada tipo contratual possui critérios de repartição do risco previamente estabelecidos em lei. Entretanto, as partes poderão modelar a alocação de riscos do negócio, inserindo na sua causa distribuição de riscos específica e incomum a certa espécie negocial.

Ao lado do tipo contratual, o intérprete, para fins de identificação da alocação de riscos e das respectivas responsabilidades, há de considerar a qualidade das partes, investigando-se a atividade normalmente praticada pelos contratantes. A título de ilustração, considera-se justo imputar maior risco ao empresário do que a indivíduo que não seja expert em determinado setor (BESSONE, 1969, p. 39). Ou, ainda, imputar a responsabilidade ao contratante pelo risco inerente à atividade econômica por ele regularmente desenvolvida. Deve-se, também, observar se há cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade, bem como o sistema de responsabilidades que decorrem da interpretação sistemática e teleológica das cláusulas contratuais²²³ (ALPA, 1989, p. 1158).

Em relações paritárias, em que não há assimetria de informações, a equação econômica estabelecida pelos contratantes por meio da alocação de riscos há de ser observada em toda a vida contratual. Afinal, a repartição dos riscos traduzirá a finalidade almejada pelos contratantes com o concreto negócio, os quais buscam satisfazer os seus interesses por meio daquela específica alocação de riscos.

A alocação de riscos no contrato revela, portanto, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelos contratantes e mediante o qual as partes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua função econômico-in-

222 A ideia de equilíbrio contratual se aproxima da noção de sinalagma funcional a que a doutrina faz referência. Como explica Massimo Bianca (1987, p. 488) a respeito do conceito de sinalagma funcional: “A correspectividade entre as prestações significa que a prestação de uma parte encontra remuneração na prestação da outra. [...] A correspectividade comporta normalmente a interdependência entre as prestações. A interdependência exprime, em geral, o condicionamento de uma prestação a outra. Ao propósito, é feita uma distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional. [...] O sinalagma funcional indica a interdependência entre as prestações na execução do contrato, no sentido de que uma parte pode se recusar a cumprir a prestação se a outra parte não cumpre a sua própria (exceção de contrato não cumprido: art. 1460 cc) e pode ser liberada se a contraprestação se torna impossível por causa não imputável às partes (1453 s cc)” (tradução livre).
223 Sobre o tema, v Alpa (1989, p. 1158), em que o autor passa em revista critérios que devem orientar o juiz na repartição dos riscos, entre os quais o exame da qualidade das partes; da prestação (fungível, infungível etc.); e da função econômica do negócio.

dividual ou função prático-social, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos in concreto, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível. Como observou Francesco Camilletti (2004, p. 44), o equilíbrio contratual se expressa não em termos objetivos de valores, mas corresponde à finalidade almejada pelos contratantes ou o interesse que pretendem realizar com o sinalagma ou a corresponsabilidade entre as prestações²²⁴.

Deve-se, portanto, averiguar a finalidade do sinalagma ou da corresponsabilidade in concreto, que tem por escopo satisfazer aos interesses dos contratantes. A alocação de riscos – insista-se – insere-se na causa do negócio, isto é, nos efeitos essenciais perseguidos pelos contratantes com vistas ao atendimento de suas pretensões. Em definitivo, há de se prestigiar a repartição dos riscos estabelecida pela vontade negocial, que traduz o equilíbrio do negócio, impedindo-se que o intérprete refaça a valoração do risco já efetuada pela autonomia privada.

Formas de alocação de riscos nos contratos

No ordenamento jurídico brasileiro, existem duas formas de gestão de riscos nos contratos: a gestão positiva e a gestão negativa. Evidentemente, os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares não de ser previsíveis, de modo que se possa atribuir a um ou outro contratante os efeitos de sua verificação. Ao ser repartido entre os contratantes, o risco previsível passa a integrar a álea normal do contrato, compreendida como o risco externo ao contrato, o qual, embora não integre a sua causa, mantém com ela relação de pertinência, por representar o risco econômico previsível assumido pelos contratantes ao escolher determinado tipo ou arranjo contratual.

A definição da álea normal irá se operar no concreto regulamento de interesses, mostrando-se possível que determinado evento previsível não se insira na álea normal e, portanto, não figure como fato previsto, objeto de gestão pelas partes. Por outro lado, as partes poderão alargar a álea normal, incluindo na gestão do risco eventos previsíveis que ordinariamente não sejam associados a determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários).

Desse modo, as partes, ao distribuírem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, procedem à gestão positiva da álea normal. Aludida alocação de riscos, que será identificada a partir da vontade declarada²²⁵ (ROPPO, 2001, p. 38-39) pelos contratantes, estabelece o equilíbrio econômico do negócio. Tal equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a corresponsabilidade entre as prestações, há de ser observada no curso da relação contratual, em observância aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio dos contratos.

Ao lado da gestão positiva da álea normal, os contratantes poderão optar por gerir negati-

224 Nas palavras do autor: “em linha teórica e geral, pode-se continuar a sustentar a subsistência, em nosso ordenamento, de um princípio que tende a se desinteressar pelo equilíbrio contratual compreendido como correspondência de valores (objetivos) entre as prestações trocadas, tal sendo a consequência lógica do reconhecimento da autonomia privada como instrumento para a atuação da liberdade de iniciativa econômica. [...] o legislador, portanto, se absteve de considerar a validade do contrato com base em valorações quantitativas do sinalagma, tendo, ao revés, deslocado a própria valoração sobre a função teleológica da corresponsabilidade, que é aquela destinada a satisfazer os interesses de ambas as partes, às quais apenas compete estabelecer quais valores econômicos atribuir às prestações que satisfazem aos seus interesses” (CAMILLETTI, 2004, p. 44; tradução livre).

225 Sobre a teoria da declaração, originada no séc. XX e em pleno vigor na teoria contratual contemporânea, assinala v. Roppo (2001, p. 38-39): “no contrato, é importante não apenas a efetiva vontade individual, em como se forma na esfera psíquica do sujeito, mas também a sua projeção social externa, e, em particular, o modo pelo qual a vontade das partes é percebida pela contraparte. Esta percepção é determinada essencialmente pelo modo como a vontade, objetivamente, vem manifestada externamente; por isso o teor objetivo da declaração de vontade” (tradução livre).

vamente os riscos econômicos previsíveis. Surge, então, a figura do contrato incompleto, o qual consiste, em linhas gerais, em negócio jurídico que adota a técnica de gestão negativa da álea normal. Com efeito, no contrato incompleto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão do risco econômico superveniente, os quais serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna. Cuida-se de não alocação voluntária do risco econômico, em que as partes deixam em branco determinado elemento do negócio jurídico (lacuna voluntária), que seria diretamente afetado pelo implemento do risco. Após a concretização do risco, as partes distribuirão os ganhos e as perdas econômicas, por meio da integração das lacunas, segundo o procedimento previsto originariamente no contrato (BANDEIRA, 2015). O modo de alocação de riscos empregado pelos contratantes será identificado a partir da interpretação da vontade declarada das partes, que poderá ser expressa ou implícita, extraída da interpretação sistemática das cláusulas contratuais.

Assim, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: (i) a gestão positiva, por meio da alocação de riscos econômicos previsíveis segundo as cláusulas contratuais; e (ii) a gestão negativa, por meio do contrato incompleto, no qual, voluntariamente, as partes não alocam ex ante o risco econômico superveniente, de natureza previsível, cujas perdas e ganhos econômicos serão distribuídos, portanto, posteriormente, diante da verificação de determinado evento, mediante o preenchimento da lacuna contratual, de acordo com os critérios definidos ex ante.

Nessa direção, o contrato incompleto, por permitir a gestão ex post dos riscos de superveniências, atende aos imperativos da segurança jurídica e da flexibilidade, podendo figurar, no caso concreto, como opção que melhor realiza o interesse das partes.

Por outro lado, os riscos que fujam à esfera de previsibilidade dos contratantes no caso concreto consistirão em riscos econômicos imprevisíveis, razão pela qual não poderão constituir objeto de gestão pelas partes (não alocação involuntária do risco). Nessa hipótese, presentes os demais pressupostos, se aplicará a teoria da excessiva onerosidade prevista nos arts. 478 e ss. do Código Civil. Em consequência, o risco previsível, que se insere na álea normal do contrato, terá sido, necessariamente, gerido pelos contratantes, por meio de gestão positiva ou negativa, o que será identificado a partir do exame das cláusulas contratuais e da causa in concreto.

Patrimônio de afetação como mecanismo de gestão de riscos

O risco, como se verificou, pode ser administrado pelas partes por ocasião da celebração dos contratos, sendo livre, em relações paritárias, a imputação contratual de riscos a um dos contratantes. Ao lado da gestão de riscos pela autonomia privada, a lei cria determinados institutos orientados também à administração de riscos, como é o caso do patrimônio de afetação. Com efeito, o legislador intervém em certas atividades, por vezes de maneira imperativa, com vistas a blindá-las de riscos que não lhes são próprios, utilizando-se, para tanto, do mecanismo do patrimônio de afetação – também conhecido por patrimônio separado, segregado, destacado, destinado ou especial.

Por meio da separação patrimonial promove-se a afetação de um conglomerado de situações jurídicas subjetivas ativas, erigido em universalidade de direito, à consecução de certo fim

valorado positivamente pelo legislador (OLIVA, 2009, p. 221-228). A admissão de massas patrimoniais unificadas para a persecução de determinado escopo confere ao patrimônio ampla potencialidade funcional, permitindo que possa servir para a realização das mais variadas finalidades (OLIVA, 2014, p. 104-142).

A criação de patrimônio separado opera aquilo que se entende por blindagem patrimonial, de maneira que somente os credores relacionados ao escopo desse específico patrimônio podem executar os ativos que o integram. Daí se depreende que a afetação patrimonial tem como grande vantagem a limitação dos riscos, uma vez que credores do titular do patrimônio que não se vinculem ao escopo ao qual este se encontra afetado não podem ter seu crédito satisfeito nos ativos que o integram²²⁶ (OLIVA, 2013, p. 206). Vale dizer, apenas os credores relacionados à finalidade do patrimônio separado podem executar seus elementos, sujeitando-se, assim, somente aos riscos próprios da gestão desse patrimônio, que se encontra protegido do ataque de credores diversos. Consiste o patrimônio separado, portanto, em mecanismo de gestão de riscos atinentes a determinada atividade econômica, permitindo que os ativos que o compõem respondam apenas pelas perdas relacionadas especificamente ao fim a que se destina.

Cabe advertir, por oportuno, que não devem ser confundidas as limitações de responsabilidade internas a cada patrimônio com os casos de separação patrimonial (GHESTIN; GOUBE-AUX, 1977, p. 145). As hipóteses de limitação de responsabilidade são previstas em lei para afastar certos bens integrantes do patrimônio do devedor da ação executiva dos credores, como no caso do bem da família²²⁷, ou dos bens impenhoráveis previstos no Código de Processo Civil²²⁸. O patrimônio segregado, de outra parte, surge com vistas à realização de determinado escopo, servindo de garantia somente aos credores pertinentes com a finalidade de sua unificação. Verifica-se, assim, diferenciação do objeto de garantia dos credores, não já limitação de responsabilidade atinente ao conteúdo desse objeto. A rigor, ou há regime patrimonial próprio, vinculado a determinado escopo, ou simplesmente limitação de responsabilidade intrapatrimonial sem a criação de patrimônio afetado.

Na esteira deste entendimento, é de se notar, no que tange aos arts. 391 e 789 do Código Civil e do Código de Processo Civil de 2015, respectivamente, que a melhor interpretação constitui a que atribui a tais dispositivos sentido e alcance intrapatrimonial. Vale dizer, aludidos preceitos têm por escopo impedir que o sujeito crie, à míngua de previsão legal, limitações de responsabilidade dentro de cada universalidade patrimonial que titulariza, de sorte que sua aplicação se circunscreve ao interior de cada patrimônio, sem que de tais normas se possa extrair qualquer

226 Como já se afirmou em outra sede: “Sublinhe-se que o núcleo patrimonial autônomo, para que possa alcançar o escopo que o unifica sem interferências externas, é vocacionado a garantir exclusivamente as dívidas pertinentes ao fim que persegue. Não quer isto dizer, contudo, que se distinguem os patrimônios afetados pela diversa responsabilidade a que se encontram submetidos. O elemento diferenciador constitui o fim a que se destinam, o qual justifica a unificação e a consequente criação de universalidade de direito. Mas o eficiente alcance de tal finalidade só poderá ocorrer se houver a separação jurídica da massa patrimonial, traduzida na responsabilidade somente por dívidas pertinentes ao fim ensejador da separação. Daí a diversa responsabilidade ser efeito e não causa da segregação patrimonial” (OLIVA, 2013, p. 206).

227 Sobre o bem de família legal, dispõe o art. 1º da Lei 8.009/1990 que: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”. O Código Civil cuida do bem de família instituído pela autonomia privada nos arts. 1.711 e ss. Confira-se o que dispõe o caput do art. 1.711: “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”.

228 Cf. arts. 833 e 834 do Código de Processo Civil de 2015.

caráter excepcional dos patrimônios de afetação. A segregação patrimonial, dessa sorte, não con-substancia expediente que excepciona os arts. 391 e 789 do Código Civil e do Código de Processo Civil de 2015, os quais, ao revés, se aplicam plenamente em todas as hipóteses de patrimônio separado, não podendo seu titular criar indevida limitação de responsabilidade dentro de cada massa patrimonial que titulariza.

Cabe destacar, ainda, que a separação patrimonial pode ser perfeita (ou absoluta) e imperfeita (ou relativa). Se for imperfeita, ou relativa, na hipótese de os bens do patrimônio especial não serem suficientes à satisfação dos credores que lhes são pertinentes, eles podem executar os direitos constantes do patrimônio geral – só do patrimônio geral, não de outros patrimônios separados. Os credores do patrimônio geral, por outro lado, não poderão se valer dos bens integrantes do patrimônio especial. Na separação patrimonial perfeita, a seu turno, o patrimônio geral não possui responsabilidade subsidiária. Ou seja, caso os direitos integrantes do núcleo patrimonial autônomo não sejam suficientes à solução das dívidas existentes, os credores não poderão executar os direitos pertencentes ao patrimônio geral²²⁹.

Sublinhe-se, ademais, que o patrimônio de afetação depende de criação legal, vigorando verdadeiro princípio da taxatividade dos patrimônios separados²³⁰. Somente a lei, de fato, pode estipular as principais consequências jurídicas oriundas da separação patrimonial, haja vista que, em especial, a universalidade patrimonial autônoma serve de garantia somente aos credores relacionados ao fim que a unifica, bem como condiciona a conduta de seu titular, o qual deve agir com diligência para a persecução de seu escopo.

A titularidade não funciona, nos casos de patrimônio segregado, como instrumento de atribuição de poderes ao titular do direito em benefício próprio. Ao revés, a titularidade é conferida para a realização do fim que unifica a massa patrimonial autônoma. Dessa forma, o ângulo de análise deixa de ser a titularidade do sujeito em relação ao patrimônio em prol da finalidade desempenhada pela universalidade patrimonial afetada, apta a realizar funções merecedoras de tutela, para além do sujeito e de sua responsabilidade. Cuida-se de núcleos funcionalmente organizados de modo autônomo, tendo em vista determinada atividade (CHALHUB, 2001, p. 121-122). A finalidade unificadora da universalidade patrimonial segregada condiciona a conduta do sujeito que a titulariza, o qual tem o poder-dever de agir para promover o fim que unifica aludido patrimônio²³¹ (MESSINEO, 1957, p. 385).

Daí se depreende a grande potencialidade funcional do patrimônio de afetação, que pode promover numerosos interesses no direito pátrio, mediante limitação de riscos e gestão eficiente direcionada à promoção do escopo unificador dessa nova universalidade de direito. O legislador se utiliza desse expediente toda vez que entende necessária a atribuição de titularidade fiduciária aliada à segregação de riscos, em atenção à repercussão social de determinadas atividades.

A título ilustrativo, nos fundos de investimento imobiliário (FII), de que trata a Lei nº

229 V. Salazar (1979, p. 89), Silva (2002, p. 146), Chalhuh (2001, p. 123) e Andrade (2003, p. 218-220).

230 V., nesse sentido, Ferrara (1921, p. 876), Pino (1950, p. 28-29), Page (1941, p. 560), Messineo (1957, p. 385), Salazar (1979, p. 88), Chalhuh (2006, p. 72-74).

231 “[...] il patrimonio separato non può essere distratto a fini diversi da quelli che gli sono propri [...]” (MESSINEO, 1957, p. 385). V. tb. Pino (1950, p. 23-24): “E d’altra parte sarebbe inutile la destinazione, se non si vietasse al soggetto di utilizzare la massa patrimoniale separata per soddisfare esigenze diverse da quelle prestabilite, anche perchè, diversamente, vi sarebbe una ingiustificata posizione di svantaggio nei creditori, i quali troverebbero limitata la loro garanzia, per rispettare una destinazione che il soggetto potrebbe non rispettare”.

8.668/1993, o legislador determinou a separação patrimonial dos ativos adquiridos pela administradora do FII nessa qualidade dos demais bens integrantes de seu patrimônio²³². A técnica da segregação patrimonial salvaguarda os ativos afetados ao fundo da responsabilidade pelas dívidas decorrentes dos demais negócios da administradora. Opera-se, assim, a blindagem do patrimônio do fundo, de modo que o retorno financeiro dos investimentos por seu intermédio realizados se sujeita somente aos riscos do empreendimento imobiliário em que houve o aporte de recursos, sem que haja qualquer abalo em razão de perdas financeiras resultantes de outras atividades da administradora.

Além disso, consoante se aludiu, o titular do patrimônio afetado deve geri-lo em atenção ao escopo a que se destina, não tendo plena liberdade na sua administração. Ou seja, o sujeito do núcleo patrimonial autônomo não pode se desviar da finalidade que o unifica, devendo, ao revés, administrá-lo diligentemente com vistas à sua realização. Nessa direção, o art. 8º da Lei nº 8.668/1993 preceitua que o “fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do fundo ou em assembleia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação da assembleia de quotistas”. A administração, portanto, deve ser diligente e em consonância com a finalidade da segregação, sob pena de a administradora responder, com seu patrimônio geral, pelos prejuízos a que der causa.

Na incorporação imobiliária, de outra parte, o legislador instituiu de maneira facultativa o regime do patrimônio de afetação. A Lei nº 10.931/2004 acrescentou os arts. 31-A a 31-F à Lei nº 4.591/1964, estipulando as condições para a segregação patrimonial nos negócios de incorporação imobiliária, com vistas a atender às demandas sociais de proteção dos adquirentes das unidades autônomas a serem construídas ou em construção. De todo modo, ainda que sujeita à discricionariedade do incorporador, a possibilidade de segregação patrimonial prevista na Lei nº 10.931/2004 representa significativo avanço técnico no que concerne aos expedientes protetivos existentes em favor dos adquirentes. Com efeito, possibilita a limitação da álea a que se sujeitam os adquirentes, restringindo-a ao sucesso de determinado empreendimento, de molde a blindá-lo dos percalços financeiros atinentes aos outros negócios da incorporadora.

Além desses exemplos, vale noticiar a utilização, pelo legislador, da técnica da afetação patrimonial nas seguintes atividades: securitização de créditos imobiliários²³³, sistema de consórcio²³⁴, sistema brasileiro de pagamento²³⁵, depósito centralizado de ativos financeiros e valores

232 Art. 7º, Lei nº 8.668/1993: “Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: I – não integrem o ativo da administradora;

II – não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;

III – não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;

IV – não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;

V – não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;

VI – não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

§ 1º No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

§ 2º No registro de imóveis serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

§ 3º A instituição administradora fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, administrada pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário”.

233 V. Lei nº 9.514/1997.

234 V. Lei nº 11.795/2008.

235 Cf. Lei nº 10.214/2001.

mobiliários²³⁶, fundo garantidor de parcerias público-privadas (FGP)²³⁷, fundos de investimento constituídos por entidades abertas de previdência complementar e por sociedades seguradoras²³⁸ e fundo financeiro privado da Caixa Econômica Federal para o Programa de Arrendamento Residencial²³⁹. Merece destaque, ainda, a hipótese de patrimônio de afetação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 533, § 1o²⁴⁰, que consubstancia importante mecanismo de proteção da vítima com direito a receber pensionamento²⁴¹.

O legislador brasileiro tem cada vez mais se utilizado da técnica da separação patrimonial para limitar os riscos de certas atividades apenas àquilo que lhe seja próprio, sem que os riscos de outros negócios do titular do patrimônio interfiram com o sucesso da atividade desenvolvida com base nos ativos segregados. Nada obstante, o legislador não conferiu à autonomia privada o poder de, contratualmente, instituir hipóteses de separação patrimonial e, assim, limitar os riscos da atividade contratualmente desenvolvida àqueles que lhe sejam diretamente pertinentes. Por isso que, a despeito de o ordenamento brasileiro trabalhar com as noções básicas do trust contido na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Trusts e sobre seu Reconhecimento, não há, no Brasil, instituto de efeitos análogos ao trust²⁴² (RODRIGUEZ-AZUERO, 2008, p. 109; MALUMIÁN; DIPLOTTI; GUTIÉRREZ, 2006, p. 469).

A compreensão do trust por países da família romano-germânica sempre foi marcada por dificuldades, haja vista a opinião, largamente difundida, de que o trust acarretaria a divisão da propriedade em formal e substancial, o que é incompatível com os sistemas da civil law. Diante disto e da cada vez maior imprescindibilidade de países da civil law lidarem com a figura do trust, a Convenção de Haia procurou expressar os principais efeitos do trust – que o tornam expediente flexível e seguro na common law – em instrumentos compatíveis com os ordenamentos da família romano-germânica²⁴³.

Nessa esteira, a Convenção de Haia estabelece que (i) os bens em trust constituem patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio pessoal do trustee; (ii) a titularidade

236 Cf. Lei nº 12.810/2013.

237 V. Lei nº 11.079/2004.

238 Cf. Lei nº 11.196/2005.

239 V. Lei nº 10.188/2001.

240 Art. 533, CPC/2015: “Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. § 1o O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação”.

241 V. arts. 948, II, e 950, do Código Civil.

242 Diverso não é o olhar estrangeiro sobre o sistema brasileiro: “Pour sa part, le Brésil n’a pas une loi intégrale de fiducie mais il possède quelques institutions de ce type” (RODRÍGUEZ-AZUERO, 2008, p. 109). “A diferencia de la solución adoptada por los demás países de Latino-américa en los cuales existe una regulación general del fideicomiso que permite su aplicación a distintos fines, la legislación brasileña fragmentó al fideicomiso en varios regímenes específicos, la mayoría de ellos fideicomisos de garantía” (MALUMIÁN; DIPLOTTI; GUTIÉRREZ, 2006, p. 469).

243 “This Convention is intended to deal with an institution, the trust, which is known in certain Member States of the Conference, most often States of common law, but which is unknown in the majority of the civil law States of the Members of the Conference. In this it differs essentially from the other Hague Conventions which deal on the level of conflict of laws, of conflict of jurisdictions or of recognition and enforcement of judgments, with institutions such as adoption, divorce, sales contracts or maintenance obligations governed to be sure by divergent rules of private international law in different States, but known everywhere. If certain of these Conventions sought to reconcile the countries having the nationality principle and the countries having the principle of domicile, this Convention is more particularly intended to build bridges between countries of common law and countries of civil law” (OVERBECK, 1985). “L’absence de référence à la dualité des droits, à la dualité common law et equity, dans les dispositions d’une convention internationale ayant pour objet de désigner des lois applicables au trust, est bien la démonstration que cette dualité n’est pas considérée comme étant de l’essence du trust. Le fait que la dualité de droits ne soit pas de l’essence du trust est d’un intérêt certain pour tout pays envisageant d’importer le trust dans son système juridique. En effet, ceci signifie que le système juridique souhaitant importer le trust n’a, pour ce faire, pas nécessairement besoin d’être fondé sur un double corps de droit qui permettrait la dualité des droits” (BARRIÈRE, 2004, p. 188).

dos bens em trust fica em nome do trustee ou de outra pessoa por conta do trustee; (iii) o trustee tem o poder e o dever, do qual deve prestar contas, de administrar, gerir ou dispor dos bens, de acordo com os termos do trust e com os deveres específicos que lhe são impostos pela lei; (iv) os credores pessoais do trustee não podem executar os bens em trust; (v) os bens em trust não serão arrecadados na hipótese de insolvência ou falência do trustee; (vi) os bens em trust não integram o patrimônio da sociedade conjugal nem o espólio do trustee²⁴⁴.

Tais efeitos podem ser incorporados por países da família romano-germânica por meio da separação patrimonial (LEPAULLE, 1932, p. 25-26), não já com apoio no (inaceitável) desmembramento do domínio. Consoante se ressaltou, o legislador brasileiro prevê episodicamente institutos inspirados na noção de trust contida na Convenção de Haia, mas não há, no Brasil, regulamentação geral que habilite a autonomia privada a criar novas hipóteses de segregação patrimonial para além daquelas já previstas em lei, sendo o patrimônio de afetação, por conseguinte, limitado (porém importante) mecanismo de blindagem de riscos, que apenas se verifica nas hipóteses taxativamente previstas pelo legislador.

Conclusão

Na Era dos Riscos, mostra-se de capital importância identificar os instrumentos jurídicos existentes com vistas à sua adequada administração e distribuição entre os diversos agentes. O contrato e o patrimônio de afetação configuram relevantes mecanismos de alocação dos riscos, seja mediante acordo de vontades que regerá sua imputação às partes envolvidas, seja mediante afetação de ativos, proporcionada pelo legislador, que ficam blindados de riscos que não se relacionam à finalidade por eles desempenhada.

No âmbito dos contratos, a equação econômica livremente estabelecida pelos contratantes, em que se verifica a alocação de riscos entre eles, há de ser observada em toda a vida contratual. Essa distribuição dos riscos traduz a finalidade almejada pelos contratantes com o concreto negócio, os quais buscam satisfazer os seus interesses por meio daquela específica alocação de riscos.

A distribuição de riscos no contrato revela o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelos contratantes e mediante o qual as partes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, de modo a exprimir a racionalidade desejada pelos contratantes, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível.

Conforme se verificou, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos. Em primeiro lugar, há a gestão positiva, por meio da alocação de riscos econômicos previsíveis segundo as cláusulas contratuais. Ao seu lado, existe a gestão negativa, por meio do contrato incompleto, no qual, voluntariamente, as partes não alocam ex ante o risco econômico superveniente, de natureza previsível, cujas perdas e ganhos econômicos serão distribuídos, portanto, posteriormente, a partir da verificação de determinado evento, mediante o preenchimento da lacuna contratual, de acordo com os critérios definidos ex ante.

Ao lado dessa gestão de riscos contratual levada a cabo pela autonomia privada, o legislador estabelece, para determinadas atividades reputadas socialmente relevantes, o patrimônio

244 Cf. arts. 2o e 11 da Convenção de Haia.

de afetação, promovendo o que se entende por blindagem patrimonial. Vale dizer, somente os credores relacionados ao escopo desse específico patrimônio podem executar os ativos que o integram. Daí se depreende que a afetação patrimonial tem como grande vantagem a limitação dos riscos, uma vez que credores do titular do patrimônio não vinculados ao escopo ao qual este se encontra afetado não podem ter seu crédito satisfeito nos ativos que o integram. Consiste o patrimônio separado, portanto, em mecanismo de gestão de riscos atinentes a determinada atividade econômica, permitindo que os ativos que o compõem respondam apenas pelas perdas relacionadas especificamente ao fim a que se destina.

Além disso, conforme ressaltado, a titularidade não funciona, nos casos de patrimônio segregado, como instrumento de atribuição de poderes ao titular do direito em benefício próprio. Reversamente, a titularidade é conferida para a realização do fim que unifica a massa patrimonial autônoma. A finalidade unificadora da universalidade patrimonial segregada condiciona a conduta do sujeito que a titulariza, o qual tem o poder-dever de agir para promover o fim que unifica aludido patrimônio.

Por isso se alude à grande potencialidade funcional do patrimônio de afetação, que pode promover numerosos interesses no direito pátrio mediante a limitação de riscos e a gestão eficiente e direcionada à promoção do escopo unificador dessa nova universalidade de direito. O legislador, por conseguinte, utiliza-se desse expediente toda vez que entende necessária a atribuição de titularidade fiduciária aliada à segregação de riscos, em atenção à repercussão social de determinadas atividades.

Referências

- ALPA, Guido, Rischio. *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1989. v. 40.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.
- BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.
- BARRIÈRE, François. *La réception du trust au travers de la fiducie*. Litec: Groupe Lexis Nexis, 2004.
- BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 3.
- CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 2004. v. 1.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921. v. 1.
- GHESTIN, Jacques Ghestin; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Paris: L.G.D.J, 1977. v. 1.
- LEPAULLE, Pierre. *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932.
- MALUMIÁN, Nicolás; DIPLOTTI, Adrián G.; GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso y securitización: análisis legal, fiscal y contable*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1957.
- OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *O patrimônio no direito brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na*

perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. Patrimônio separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicatif. 1985. disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl30.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

PAGE, Henri De. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1941. t. 1.

PINO, Augusto. *Il Patrimonio Separato*. Padova: Cedam, 1950.

RODRIGUÉZ-AZUERO, Sergio. La fiducie en Amérique latine: une expérience étonnante. In: *Trust & Fiducie: concurrents ou compléments*, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007. Genève : Academy & Finance, 2008.

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (Org.). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2001.

SALAZAR, Luis Bustamante. *El patrimonio: dogmática jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

SILVA, João Gomes da. *Herança e sucessão por morte*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELLECTUAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA PELO CASAMENTO: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL DE FORTALEZA À LUZ DA CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DA LEI Nº 13.146/2015

*Vanessa Correia Mendes*²⁴⁵

Introdução

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), da Organização das Nações Unidas (ONU), apresenta uma nova abordagem para a deficiência e assinala o propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência. Reconhece a capacidade legal desses sujeitos em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, garantindo, especificamente, o direito ao casamento, à família, à paternidade, ao planejamento familiar, à privacidade, à integridade física e mental da pessoa com deficiência.

Ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186, de julho de 2008, conforme instrução do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, a CDPD logra hierarquia de Emenda Constitucional. Uma vez no ápice do ordenamento jurídico, a Convenção implicou várias mudanças na legislação hierarquicamente inferior, ou seja, todos os dispositivos legais que violassem direito ou garantia expressos na CDPD deveriam ser submetidos a uma nova reinterpretação ou retirados do ordenamento jurídico.

Nesse esteio, o regime jurídico das incapacidades e a curatela foram imediatamente apontados como limitadores da plena eficácia da CDPD. Isso porque, não obstante o Código Civil de 2002 ser concebido à luz da Constituição Federal, que implica obediência à clausula geral de tutela e aos princípios constitucionais, os institutos apresentavam-se como instrumentos de restrição da capacidade civil. À vista disso, tornou-se necessária uma revisão do regime das incapacidades e da curatela em conformidade com a CDPD.

Apesar da retificação da Convenção em meados de 2009, as primeiras mudanças legislativas ocorreram apenas em 2015, primeiramente, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, que redefine os limites da curatela e, em seguida, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI), a Lei nº 13.146/2015. Cumprindo a ratio da CDPD, o Estatuto revoga dispositivos do Código Civil e reestrutura o direito protetivo brasileiro.

Por meio da EPD, que adota a teoria da incindibilidade entre a titularidade e a capacidade de exercício, assegura-se o pleno exercício de direitos pelas pessoas com deficiência. Assim, em

245 Mestre em Direito Constitucional nas relações privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza – Ceará – Brasil. Email: vcorreiamendes@gmail.com

regra, as pessoas com deficiência tornam-se capazes para exercer todos os atos da vida civil, sejam de natureza patrimonial ou existencial.

Destacam-se como questões existenciais o direito de a pessoa com deficiência constituir família pelo casamento; o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; o direito à família e à convivência familiar; o direito à guarda, à tutela, à curatela, e à adoção em igualdade de condições com as demais pessoas. Interessa ao presente estudo analisar o casamento das pessoas com deficiência psíquica e intelectual, especialmente no que concerne à função dos cartórios no reconhecimento desse direito.

Para tanto, realizou-se pesquisa de campo junto aos Cartórios de Registro Civil de Fortaleza, com intuito de avaliar o conhecimento dos tabeliães sobre o direito ao casamento das pessoas com deficiência e fazer um levantamento do número de celebrações dessa natureza na capital cearense entre os anos de 2009 e 2014²⁴⁶. Realizada em junho, momento que antecedeu a publicação da Lei nº 13.146/2015, não há menção ao EPD, mas tão somente à CDPD.

A pesquisa foi realizada por meio de entrevista e aplicação presencial de formulários. Na sua fase de planejamento, com base no prévio estudo bibliográfico e jurisprudencial, já era possível perceber que haveria escassez de informações sobre a CDPD pelos notários. Ademais, as poucas jurisprudências sobre a matéria sinalizavam que haveria baixo número de demandas de habilitação de casamento de pessoas com deficiência psíquica e intelectual. Por esse motivo, a pesquisa foi realizada por amostragem.

Semanas após finalizada pesquisa de campo, publicou-se o EPD, que expressamente destaca a importância dos serviços e de registro na concretização dos direitos das pessoas com deficiência. Assim, de acordo com o artigo 83 “os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade”. O descumprimento desse dispositivo constitui discriminação em razão de deficiência (Parágrafo único). Por conta dessa mudança legislativa, houve uma remodelação estrutural no artigo.

Para sistematizar o assunto abordado e apresentar os objetivos propostos, faz-se um estudo sobre a CDPD e seu impacto no direito protetivo brasileiro. Em seguida, realiza-se uma análise do EPD e, por fim, apresenta-se a pesquisa de campo realizada nos Cartórios de Registro Civil de Fortaleza.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o impacto no direito protetivo brasileiro

Ao elencar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988 assinala a importância crucial da tutela das pessoas no ordenamento jurídico ao tempo que se apresenta como símbolo da ratificação de documentos internacionais de direitos humanos.

No cenário jurídico atual, já não se justifica que o Direito Internacional e o Direito Constitucional sejam abordados de maneira estanque e compartimentalizada, como no passado. É indubitável que as transformações internas do Estado têm reflexo no plano internacional, da mesma

246 A pesquisa intitulada “A autonomia da pessoa com deficiência psíquica e intelectual e o direito de constituir família pelo casamento” foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa (COÉTICA) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), sob o Parecer nº 1.146.83, em junho de 2015.

forma que a nova realidade desse implica mudanças no âmbito interno e no ordenamento constitucional dos Estados (TRINDADE, 2003, p. 508).

Assim, seguindo o modelo do constitucionalismo contemporâneo de igualar os tratados internacionais às normas constitucionais, a Constituição Federal prescreve a abertura do ordenamento jurídico ao sistema de proteção internacional de direitos humanos em seu artigo 5º, § 2º. Esse dispositivo assinala que os direitos e as garantias elencados na Constituição não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário. Assim, a Constituição reconhece duas fontes normativas no que tange aos direitos e às garantias fundamentais: as advindas do direito interno e as provenientes do direito internacional. Ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem natureza e nível constitucional, além de aplicação imediata, o que veda revogação por lei ordinária posterior (MAZZUOLI, 2005, p. 94).

Apesar da inovação da Constituição de 1988 em relação à incorporação dos direitos reconhecidos em tratados internacionais, o Supremo Tribunal Federal (STF) mantinha o posicionamento de que os documentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro logravam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias²⁴⁷. Essa controvérsia só será sanada com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que acrescenta o artigo 5º, §3º, cujo texto dispõe que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais²⁴⁸. Portanto, todos os tratados sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do 5º, § 2º da CF, ou seja, integram o bloco de constitucionalidade. Por outro lado, aqueles aprovados nos moldes do 5º, §3º, CF, acumulam a qualidade de serem formal e materialmente constitucional (PIOVESAN, 2006, p. 444-445).

A atribuição qualificada disposta pelo § 3º do art. 5º da CF enseja três efeitos: a) em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos predominará o tratado, por sua equivalência a emenda constitucional (independentemente de critério cronológico); b) os tratados de direitos humanos poderão servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ampliando o “bloco de constitucionalidade”; c) não poderão ser objeto de denúncia do Presidente da República, de acordo com o artigo 60, § 4º, da CF²⁴⁹. Ressalta-se que os tratados em vigor antes da Emenda Constitucional nº 45 mantêm seu status original. Todavia, nada impe-

247 Apesar da inovação trazida pela Constituição de 1988 tenha inovado ao prever a incorporação dos direitos reconhecidos em tratados internacionais, o STF mantinha o posicionamento de que os documentos internacionais possuíam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. Entretanto, os casos concernentes à prisão por dívida do depositário infiel levaram à nova orientação do STF. Por um lado, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXVII, autorizava a prisão nessas situações. Por outro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a qual o Brasil é signatário (artigo 7.7), dispõe que a prisão por dívida só pode ser decretada em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Por muitos, o STF considerou que a norma constitucional não poderia ser alterada pela ratificação da CADH. Todavia, na decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343 (BRASIL, 2008), o STF decidiu que a prisão civil do depositário infiel é ilícita. Posteriormente, o tribunal editou Súmula Vinculante nº 25 que proclama: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. No exame dos votos dos Ministros, vislumbram-se duas teorias que fundamentam essa interpretação: para a maioria, os tratados de direitos humanos possuem status normativo de supralegalidade, ou seja, permanecem em nível hierárquico inferior à Constituição, mas superiores às leis; para a minoria dos ministros, deve ser reconhecida a hierarquia constitucional desses tratados, que compõem, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade (MAUÉS, 2013, p. 215-216).

248 Sobre material de direitos humanos a EC nº 45 ainda acrescentou a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (art. 5º, §4º, CF) e o deslocamento de competência para a justiça federal em caso de grave violação dos direitos humanos (art. 109, §5º, CF).

249 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] IV - os direitos e garantias individuais.

de que sejam novamente submetidas à deliberação do Congresso Nacional, com observância das regras do artigo 5º, § 3º, e sua eficácia ser elevada à de emenda constitucional (BARROSO, 2009, p. 36-37).

O primeiro e, até o momento, único documento internacional ratificado nos termos do artigo 5º, §3º, foi a CDPD, considerada um marco na inclusão social e defesa dos direitos das pessoas com deficiência. Aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 13 dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembleia Geral nº 61/106, tem como propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito a sua dignidade inerente” (artigo 1º). Os dispositivos elencados na CDPD ampliam os direitos garantidos às pessoas com deficiência, especialmente no tocante à capacidade de exercício e à efetiva participação social (UNITED NATIONS, 2006).

Define a pessoa com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras²⁵⁰, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” e as reconhece como sujeito de direitos em todos os âmbitos da vida civil.

Ademais, a CDPD adota o princípio geral da plena participação e inclusão da pessoa com deficiência na sociedade. De acordo com o documento, os impedimentos corporais em interação com as barreiras são os responsáveis por obstruir a participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade. Por meio da superação dessas barreiras, a CDPD propõe que essas pessoas sejam partícipes da dinâmica comunitária em seus mais diversos âmbitos, sejam eles social, econômico, político ou cultural. Elege como princípios norteadores: o respeito à dignidade inerente, à autonomia individual, a não discriminação, à plena participação na sociedade, à diferença e à aceitação da deficiência como parte da diversidade humana, igualdade de oportunidades, à acessibilidade, à igualdade entre o homem e a mulher, ao respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo seu direito de preservar sua identidade (artigo 3º).

Entre os direitos assegurados pela CDPD, destaca-se o direito à vida (artigo 10), ao reconhecimento legal perante a lei (artigo 12), ao acesso à justiça (artigo 13), à liberdade e segurança (artigo 14), à prevenção contra tortura ou tratamento ou penas cruéis (artigo 15), à prevenção contra a exploração, a violência e o abuso (artigo 16), à proteção da integridade da pessoa (artigo 17), à liberdade de movimentação e nacionalidade (artigo 18), à vida independente e inclusão na comunidade (artigo 19), à mobilidade social (artigo 20), à liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação (artigo 21), à privacidade (artigo 22), à educação (artigo 24), à saúde (artigo 25), etc.

Uma das maiores inovações da CDPD é a garantia do exercício de direitos pela própria pessoa com deficiência, ou seja, a afirmação de sua personalidade jurídica e capacidade legal.

250 Bezerra de Menezes (2014, p. 58) subdivide essas barreiras em três modalidades: “as barreiras de atitude, representadas pelo medo, pela ignorância e pelas baixas expectativas; as barreiras do meio, resultantes da inacessibilidade física presentes no entorno e as barreiras institucionais que são as discriminações dotadas de amparo legal, justificando a exclusão de alguns direitos às pessoas com deficiência. A Convenção procura confrontar as barreiras de atitude pela promoção da educação (art. 24) e pela conscientização das pessoas em sociedade (art. 8), pelo repúdio à discriminação (art. 5); pelas garantias à vida (art. 10), pela proteção contra a violência, a exploração e o abuso (art. 16), dentre outros. Em vista das barreiras do meio, impõe a garantia de acessibilidade (art. 9º) e mobilidade pessoal (art. 20). Para vencer as barreiras institucionais, institui uma série de direitos envolvem a tutela da vida (art. 10), da igualdade (art. 12), da liberdade em suas diversas modalidades (arts. 14, 18, 21), da saúde (art. 25), o direito à vida e à inclusão comunitária (art. 19), o direito à privacidade (art. 22), o direito de constituição de família (art. 23), o direito ao trabalho e emprego (art. 27), à assistência social.³⁵”

Nesse âmbito, legitima-se que essas pessoas exerçam por si só todos os atos da vida civil, sejam de natureza patrimonial ou existencial. O reconhecimento da capacidade de agir das pessoas com deficiência objetiva integrá-las totalmente na comunidade, ou seja, não seria suficiente assegurar o direito à acessibilidade e à educação, por exemplo, se, na esfera privada, essas pessoas continuassem impedidas de decidir sobre questões eminentemente pessoais, como as inerentes ao seu próprio corpo e ao casamento.

Ainda em relação às questões existenciais, a CDPD garante o respeito pelo lar e pela família da pessoa com deficiência. Assim, devem os Estados-Partes tomar medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra essas pessoas, em todos os aspectos relativos ao casamento, à família, à paternidade e aos relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas. Desse modo, devem assegurar que seja reconhecido às pessoas com deficiência, desde que em idade núbil, o direito de constituir família pelo casamento, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes.

Ao mesmo tempo, incumbe aos Estados-Partes reconhecer os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses descendentes, e de ter acesso a informações adequadas à idade e à educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos. Devem ainda assegurar a conservação de sua fertilidade.

A fim de viabilizar a capacidade de exercício das pessoas com deficiência, a CDPD afirma que os Estados signatários devem remover e eliminar os obstáculos que limitam esse direito. Assim, encarrega-os da missão de viabilizar o pleno desenvolvimento das potencialidades, autonomia e participação desses sujeitos, ou seja, a CDPD impõe uma adequação da legislação interna e promoção de políticas de inclusão a fim de que as pessoas com deficiência possam gozar e exercer os direitos prescritos na Convenção.

Sob esse enfoque, destaca-se que, enquanto a CDPD garante a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, o Código Civil brasileiro restringia a capacidade de exercício em razão do grau de discernimento. Assim, as pessoas em sofrimento psíquico poderiam ser declaradas relativa ou absolutamente incapazes para exercerem os atos da vida civil.

A partir uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro²⁵¹, entedia-se que a Convenção prevalecia sob qualquer dispositivo infraconstitucional contrário aos seus preceitos. Dessa forma, os artigos do Código Civil que limitavam a capacidade de exercício por meio do regime jurídico da incapacidade e da curatela, deveriam ter sido revogados do ordenamento jurídico ou submetidos a uma nova interpretação.

Entretanto, mesmo logrando força normativa e posição hierárquica superior, a CDPD não foi suficiente para revogar ou mesmo alterar imediatamente os institutos que restringiam à ca-

251 Assim, as disposições constitucionais não são consideradas prescrições desprovidas de sanções, como ideais isentos de valores jurídicos. Pelo contrário, tendo em vista o princípio da efetividade, a Constituição é promulgada para ser concretizada. Como espécies do gênero normas jurídicas, as normas constitucionais preservam as características essenciais dessas, especialmente a imperatividade. Como qualquer outra norma, a Constituição possui um mandamento, uma força jurídica. Com isso, a inobservância dos preceitos constitucionais implica um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, com o fim de garantir a sua imperatividade, sob pena de consequências da insubmissão do seu comando. Destaca-se que a efetividade das normas constitucionais também se estendem para as Emendas Constitucionais. Desde que aprovadas em consonância com os requisitos formais e materiais exigidos, as Emendas desfrutam do mesmo valor hierárquico e da força normativa das demais normas constitucionais. Sobrevindo Emenda Constitucional, os dispositivos constitucionais incompatíveis anteriores serão revogados. Todavia, essa revogação é limitada ao dispositivo que a emenda substitui e às eventuais implicações sistêmicas provenientes dessa substituição (BARROSO, 2009, p. 71).

pacidade de agir das pessoas com deficiência. Do período da sua ratificação até 2015, o regime jurídico das incapacidades e o instituto da curatela permaneceram inalterados. Não houve manifestação do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema e a jurisprudência continuou a declarar incapacidade com fundamento nos artigos do Código Civil. Poucas foram as decisões assentadas nos princípios da CDPD sobre o direito da pessoa com deficiência, especialmente no que concerne às questões existenciais.

Destarte, as pessoas com deficiência continuavam impedidas de exercerem por si só os atos da vida civil, o que era estendido, conseqüentemente, ao direito de constituírem família pelo casamento²⁵². Apenas em 2015, com o advento do novo Código de Processo Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, surgem as primeiras mudanças no direito protetivo brasileiro em razão do CDPD.

Estatuto da Pessoa com Deficiência: o reconhecimento legal do casamento das pessoas com deficiência

A Lei nº 13.146/2015 foi sancionada pela Presidente da República em 06 de julho de 2015 e institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Sua vigência iniciou-se em 02 de janeiro de 2016, obedecendo a *vacatio legis* de 180 dias, contados a partir da data de sua promulgação, ocorrida em 07 de julho de 2015²⁵³. Com base na CDPD, o EPD destina-se a assegurar e promover, em igualdade de condições com os demais da sociedade, o exercício de direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania. À semelhança da CDPD, a lei considera pessoa com deficiência aquela que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras²⁵⁴, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (artigo 2º).

Com o propósito de concretizar seu objetivo de inclusão social e cidadania da pessoa com deficiência, o EPD revoga expressamente, no artigo 114, os seguintes dispositivos do Código Civil (Lei nº 10.406/2002): incisos I, II, III do artigo 3º; os incisos I e IV do artigo 4º; os incisos II e III do artigo 228; o inciso I do artigo 1.548; o inciso IV do artigo 1.557; o inciso II e IV do artigo 1.767;

252 Desde a ratificação da CDPD, um dos fatos de maior destaque em relação ao casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual o reconhecimento, pela Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, da convicção do promotor de Justiça, que se recusou a ajuizar ação anulatória de casamento, cuja nubente era interdita por deficiência mental. Não obstante o casamento ter ocorrido com o pleno consentimento da sua mãe e curadora, o caso foi encaminhado para o Ministério Público. Apesar do promotor não citar a CDPD em sua recusa, afirma que a proibição de casamento imposta à pessoa com deficiência não coaduna com a dignidade da pessoa humana, princípio diretor da República Federativa do Brasil. Todavia, o Procurador Geral de Justiça, ratifica o posicionamento do promotor e assevera que as interpretações dos artigos 3º, inciso II, e do 1.548, inciso I do CC sucumbem frente à CDPD sobre os direitos das pessoas com deficiência. Afirma ainda que a incorporação da CDPD com status de emenda constitucional torna insubsistente qualquer norma jurídica infraconstitucional ou interpretação que neguem à pessoa com deficiência o direito de contrair núpcias.

253 Há exceção para esse prazo nas seguintes situações:

Art. 124. O § 1º do art. 2º desta Lei deverá entrar em vigor em até 2 (dois) anos, contados da entrada em vigor desta Lei.
Art. 125. Devem ser observados os prazos a seguir discriminados, a partir da entrada em vigor desta Lei, para o cumprimento dos seguintes dispositivos:

I - incisos I e II do § 2º do art. 28, 48 (quarenta e oito) meses;
II - § 6º do art. 44, 48 (quarenta e oito) meses;
III - art. 45, 24 (vinte e quatro) meses;
IV - art. 49, 48 (quarenta e oito) meses.

254 Para os fins da aplicação da lei, consideram-se barreiras “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros”. Podem ser categorizadas em barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações, atitudinais e tecnológicas (artigo 3º, Lei 13.146/2015).

e os artigos 1.776 e 1.780.

Assim, veda-se a submissão ao regime da incapacidade absoluta das pessoas com enfermidade ou deficiência mental e daqueles sujeitos que, mesmo por causa transitória, não exprimam sua vontade, conforme salientava o artigo 3º, incisos I e IV, CC. O caput do dispositivo é alterado e passa a vigorar com a seguinte redação: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”. Conclui-se, assim, que a lei, em regra, põe fim à incapacidade absoluta das pessoas maiores de idade²⁵⁵.

Ressalta-se ainda que as “pessoas com deficiência mental” e os “excepcionais sem o desenvolvimento mental completo” são excluídos do rol dos relativamente incapazes. Assim, a incapacidade relativa só poderá ocorrer para os maiores de 16 e menores de 18 anos; os ébrios habituais; os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

No capítulo II, sobre igualdade e não discriminação, o EPD garante à pessoa com deficiência igualdade de oportunidades com as demais pessoas ao tempo em que veda discriminação de qualquer espécie. Define como discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias²⁵⁶.

Garante-se a igualdade em todos os âmbitos da vida civil, inclusive para contrair casamento²⁵⁷ e constituir união estável, para exercer direitos sexuais e reprodutivos; para exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução

255 Mesmo assim, é importante destacar o reconhecimento da capacidade de agir das crianças e dos adolescentes no plano das questões existenciais (MENEZES, 2014, p. 11). Defende-se a possibilidade de redução gradativa da autoridade parental, em razão da concretização de personalidade das crianças e dos adolescentes. Logo, há uma relativização no regime das incapacidades do Código Civil em prol dessas pessoas, ou seja, crianças e adolescentes poderão participar das decisões sobre questões existenciais e definir o rumo das suas vidas. Atenta a essa necessidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determinou que, sempre que possível, haverá oitiva da criança e dos adolescentes no processo de adoção e sua opinião deverá ser considerada (artigo 28, § 1º). A mesma situação deverá ser verificada nos casos de guarda e visitas/convivência familiar em relação ao exercício dos atos do Direito de Família. Deve-se valorizar a vontade da criança e dos adolescentes também nas questões de Biodireito, a exemplo na continuidade ou interrupção de tratamento médico (TEIXEIRA, 2008, p. 297).

256 De acordo com parecer do Senado Federal, adota-se o acréscimo a menção “efeito” da conduta por ser delicada a prova da intenção pessoal daquele que comete a discriminação, a menos que haja confissão. Nesses termos, é suficiente que o efeito objetivo da conduta seja produzido. De outro modo, a tipificação seria quase absolutamente ineficaz (BRASIL, 2013).

257 Salienta-se que desde 07 de janeiro de 2015, seis meses antes da promulgação da Lei nº 13.146/2015, o Estado do Paraná, por meio da lei estadual 18.419, que estabeleceu o EPD, já garantia o exercício pleno e em condições de equidade de todos os direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania plena, efetiva e participativa. Assinala ainda ser dever dos “órgãos e entidades do Poder Público, da sociedade, da comunidade e da família assegurar, com prioridade, às pessoas com deficiência o pleno exercício dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e maternidade, à alimentação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à habilitação e reabilitação, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação e comunicação, à acessibilidade, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade e convivência familiar e comunitária, dentre outros decorrentes da Constituição da República Federativa do Brasil, da Constituição do Estado do Paraná e demais leis esparsas, que propiciam o bem-estar pessoal, social e econômico”. Apesar da lei estadual não garantir especificamente o direito ao casamento, entende-se que, a vista da previsão da previsão da igualdade na capacidade de agir, esse seria possível. Destaca-se ainda cartilha “Interdição Parcial e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, publicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Apesar de não possuir força normativa, desde 2014, já admitia a possibilidade de casamento e união estável de pessoas com deficiência psíquica e intelectual, mesmo que fossem interditas parcialmente. Para o CNMP, seria suficiente que ambos os nubentes tivessem discernimento para os atos da vida civil e expressassem livremente suas vontades de constituir família pelo casamento. Fundamentava esse entendimento no artigo 23, item 1, da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência ao tempo que propunha adequação, inclusive quanto aos termos utilizados, dos artigos 3º, II, e 1.548, I, do Código Civil aos ditames da Convenção da ONU.

e planejamento familiar; conservação da fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Vislumbra-se a adoção da teoria da incindibilidade da capacidade civil pela EPD. Em outros termos, com o intuito de evitar que a lógica patrimonialista, dotada de objetividade e operatividade, penetre nas situações existenciais, caracterizadas pela subjetividade e especificidade, defende-se uma incindibilidade entre a capacidade civil e a capacidade de agir no plano das situações existenciais. Pois, entende-se que, nessas questões, o exercício do direito confunde-se com a própria titularidade (MENEZES, 2014, p. 54).

Dotadas de plena capacidade de exercício, as pessoas com deficiência tornam-se livres para coordenar suas decisões e escolhas, com base em seus valores e convicções. No âmbito dessa autonomia, inclui-se o direito de decidir sobre a forma de constituição da sua própria família. Assim, reafirmando direito já assegurado pela CDPD (art. 23), o estatuto expressamente garante o direito ao casamento das pessoas com deficiência.

O casamento representa uma das mais elementares questões subjetivas existenciais. Afinal, a intersubjetividade e o vínculo de solidariedade presentes nas relações familiares são fundamentais para o desenvolvimento da personalidade e para o amparo na velhice. Se a CDPD já garantia essa liberdade, a lei supracitada expandiu esse entendimento, reafirmando as alterações provocadas pelo tratado, numa perspectiva mais ampliada e específica. Determinou a alteração na redação de diversos artigos do Código Civil Brasileiro, notadamente, como já mencionado, no plano da capacidade civil e do direito de família.

Escolher alguém para comungar de uma vida em comum e administrar as responsabilidades patrimoniais e não patrimoniais advindas do exercício desse direito exigem comprometimento e prudência. De acordo com o CDPD e o EPD, todas as pessoas com deficiência teriam a mesma competência, o mesmo discernimento para manifestar a vontade essencial à formação do negócio jurídico “casamento” e, em sequência, praticar os atos que lhe são correlatos como administração das contas domésticas e do patrimônio comum; planejamento familiar; fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

O reconhecimento constitucional e legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência impede que haja qualquer óbice à celebração do matrimônio pelos cartórios de registro civil. Contudo, bastava uma breve análise de casos concretos para verificar-se que essas instituições obstaculizavam a concretização desse direito, conforme será verificado na pesquisa de campo apresentada a seguir.

O casamento das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nos Cartórios de Registro Civil de Fortaleza

A pesquisa que originou o presente trabalho iniciou-se em 2010. À época, a análise dos direitos das pessoas com deficiência era realizada com base na CDPD. Entendia-se que o status de emenda constitucional outorgava aplicabilidade imediata à CDPD. Conseqüentemente, desde a ratificação do documento internacional, todos os dispositivos contrários à CDPD deveriam ser revogados ou reinterpretados, conforme salientado anteriormente.

Considerando essa situação, elaborou-se pesquisa de campo com o intuito de avaliar o conhecimento dos tabeliães sobre o direito ao casamento das pessoas com deficiência e analisar a quantidade de casamentos de pessoas com deficiência psíquica/intelectual celebrados na capital cearense durante os anos de 2009, data da ratificação da CDPD, e 2014. Os dados foram coletados em junho de 2015, um mês antes da publicação da EPD.

Apesar da pesquisa mencionar apenas a CDPD, é importante analisar e publicizar seus dados. É interessante ressaltar que, não obstante os grandes avanços legislativos sobre os direitos das pessoas com deficiência nos últimos anos, ainda há muitos obstáculos que impedem sua concretização. Um deles é a falta de conhecimento dos tabeliães sobre o casamento das pessoas com deficiência, conforme descrito a seguir.

De acordo com a Lei nº 8.935/1994, o tabelião exerce as funções primordiais de orientação e assessoramento das partes, com imparcialidade, interpretação e qualificação jurídica do negócio pretendido pelos contratantes, redução do negócio ao instrumento conveniente que lhe garanta eficácia e autenticação e certificação de documentos. O tabelião, ao desempenhar aludidas funções, cuja atribuição é fundamentada pela Constituição Federal, permite que o Estado, por seu intermédio, assegure força expansiva à autonomia privada, garantindo certeza e segurança jurídica (TEPEDINO, 2012, p. 5).

No sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estão catalogados 10 cartórios com atribuição de registro civil das pessoas naturais na cidade de Fortaleza. Todavia, a fim de otimizar o tempo da pesquisa, foram selecionados aleatoriamente sete cartórios para aplicação dos os formulários, quais sejam: Cartório Botelho – Registro Civil das Pessoas Naturais, 5ª Zona; Cartório do Registro Civil de Messejana; Cartório do Registro Civil de Mondubim; Jamie Araripe Serviço Registral – Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito de Antônio Bezerra; Cartório Registro Civil 4ª da Zona; Registro Civil da 2ª Zona de Fortaleza e Registro Civil Distrito Mucuripe.

Primeiramente, explicaram-se aos tabeliães os objetivos da pesquisa e justificou-se a importância da sua participação para a sociedade, especialmente para as pessoas com deficiência psíquica e intelectual. Destacou-se o sigilo dos dados dos participantes, no momento da divulgação da pesquisa. Em seguida, solicitou-se a leitura e assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que, de maneira clara e concisa, apresentava os fundamentos jurídicos da pesquisa.

Uma vez concordando com os termos impostos, realizou-se a entrevista e aplicou-se o formulário, composto pelas seguintes indagações: O cartório celebra casamento de pessoas com deficiência psíquica e/ou intelectual? a) sim ou b) não; 2) Em caso de resposta afirmativa, em que circunstâncias? a) ambos os nubentes apresentavam alguma deficiência psíquica e/ou intelectual, b) apenas um dos nubentes apresentava alguma deficiência psíquica e/ou intelectual; c) não se aplica; 3) Há exigência de algum procedimento específico nesses casos? A resposta era aberta para a descrição do entrevistado. Caso não ocorresse essa hipótese, seria marcada a opção “não se aplica”; 4) Quantos casamentos de pessoas com deficiência psíquica e/ou intelectual foram realizados entre os anos de 2009 e 2014?; 5) Há presunção da capacidade para o casamento do deficiente psíquico e intelectual não interditado? a) sim, b) não; c) não se aplica; 6) Caso haja anuência expressa do curador em relação ao casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual interditada, o cartório realiza a celebração? a) sim; b) não, c) outros. Nessa última indagação,

reservou-se espaço para descrição do procedimento.

Salienta-se que a primeira pergunta objetivava saber se os tabeliães conheciam os direitos tutelados pela CDPD, especialmente no que concerne o expresso reconhecimento do direito ao casamento, e se, em atenção ao documento internacional, celebravam a união desses sujeitos. Caso essa resposta fosse afirmativa, buscava-se compreender a formação desses casais, ou seja, se um ou os dois nubentes eram deficientes psíquicos e/ou intelectuais. A terceira indagação visava conhecer o procedimento adotado pelos tabeliães quando requerido casamento pelas pessoas com deficiência psíquica e intelectual. A quarta pergunta tinha como intuito conhecer o número de celebrações que ocorreram entre 2009 e 2014. No quinto questionamento, visava-se saber se a presença de sinais claros de deficiência psíquica e/ou intelectual em uma pessoa, que não estivesse submetida ao regime da curatela, presumia sua capacidade. Por fim, pretendia-se investigar se a demonstração de vontade da pessoa com deficiência psíquica e intelectual e a anuência dos curadores seriam suficientes para os cartórios celebrarem o casamento.

Após a visita aos cartórios, foram coletadas as seguintes informações:

Nenhum dos cartórios celebrou casamento de pessoas com deficiência psíquica e intelectual durante o recorte temporal de 2009 a 2014. Um dos entrevistados afirmou: “Em 25 anos, não fomos solicitados para casamentos de pessoas com deficiência psíquica”;

Em um cartório, houve procura por celebração de casamento de pessoas com deficiência. Entretanto, esse pedido foi prontamente negado. Segundo a entrevistada, “os deficientes são incapazes, de acordo com o Código Civil. Por isso, não podem casar”. Nesse mesmo local, outro representante complementou essa afirmação nos seguintes termos: “O Código Civil é muito claro: louco não pode casar. Isso é uma demagogia, jamais será cumprido. Isso é mais uma besteira do governo do Partido dos Trabalhadores (PT)”;

Três representantes dos cartórios afirmaram que, se fossem demandados para celebrar casamento cujos nubentes fossem pessoas com deficiência psíquica e intelectual, seria suscitada manifestação do Ministério Público;

Dois tabeliães ressaltaram que o CNJ não se manifestou sobre o casamento das pessoas com deficiência, ao contrário da postura sobre o casamento das pessoas do mesmo sexo, em que estabeleceu a Resolução nº 175;

Dos sete tabeliães entrevistados, apenas um tinha conhecimento sobre a CDPD;

Dois tabeliães manifestaram preocupação a respeito do patrimônio das pessoas com deficiência na escolha do regime de bens. Ressalta-se as palavras de um deles: “O perigo são os picaretas. As pessoas se aproveitam dos deficientes”;

Em dois cartórios, afirmou-se que, se houver decisão judicial autorizando o casamento, a união seria celebrada sem questionamento algum;

Uma das tabeliãs mostrou preocupação com o grau de discernimento da pessoa com deficiência psíquica/intelectual. De acordo com seu raciocínio, a única pessoa que poderia afirmar a aptidão para o casamento de pessoas com limitações de ordem psíquica ou intelectual seria o médico. Inquietou-lhe, ainda, as questões inerentes ao enlace matrimonial, como o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, os tipos de deficiência que autorizariam o matrimônio e se haveria possibilidade de garantir o direito ao casamento, mas não proibir o direito à reprodução.

Conforme verificado, os tabeliães possuem escassas informações sobre os direitos das pessoas com deficiência psíquica e intelectual. A CDPD tampouco é citada na maioria das en-

trevistas. Os cartórios são estritamente formais e utilizam como única fonte legislativa o Código Civil, não fundamentando suas respostas nos princípios que norteiam a Constituição Federal. Muitos deles ainda utilizam as denominações do Código Civil de 1916, tal como “louco”.

De maneira geral, os tabeliães mostraram preocupação com as questões patrimoniais das pessoas com deficiência. Para eles, as limitações inerentes à deficiência psíquica e intelectual podem sujeitar essas pessoas crimes de estelionato, por exemplo. Ressalta-se ainda que os entrevistados não observaram a importância dos casamentos no desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência. Para eles, a concretização desse direito era alheia à realidade.

Contudo, há uma reviravolta nesse contexto com o advento do EPD. No art. 83, o documento legal assinala que os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade. Dispõe ainda que, em caso de descumprimento desse dispositivo, haverá crime de discriminação em razão de deficiência.

Ao prescrever esse dispositivo, o EPD ratifica que a atuação do tabelião promove a segurança jurídica. Ao assessorar as partes na persecução de seus interesses e concretização dos seus direitos, o tabelião garante a observância das normas do ordenamento jurídico (TEPEDINO, 2012, p. 6). No caso em análise, o tabelião, ao deferir a habilitação ao casamento da pessoa com deficiência, auxilia a concretizar o EPD e a CDPD. A prescrição desse dispositivo configura uma das medidas de comprometimento do Estado brasileiro em relação à CDPD. Como signatário da Convenção, o Brasil obrigou-se a adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção.

Conclusão

O casamento das pessoas com deficiência psíquica/intelectual é questão delicada no meio social e no âmbito familiar. Ainda é bastante arraigada na sociedade a ideia de que esses sujeitos não possuem discernimento suficiente para manifestar sua vontade de constituir família pelo casamento ou mesmo para realizar um planejamento familiar.

Entretanto, esse pensamento não é compatível com quadro atual do direito protetivo brasileiro. As profundas mudanças que ocorreram com a ratificação da CDPD e, em seguida, com o advento do Novo Código de Processo Civil e do EPD reconhecem a plena capacidade da pessoa com deficiência para todos os atos da vida civil, inclusive para o casamento. Para tanto, exige-se tão somente que essas pessoas expressem sua vontade em constituir uma vida comum com o cônjuge.

Neste trabalho, especificamente, analisaram-se o procedimento administrativo dos cartórios de registro civil da cidade Fortaleza e o conhecimento tabeliães em relação à habilitação do casamento das pessoas com deficiência psíquica e intelectual. A partir da análise da pesquisa realizada, vislumbra-se a necessidade de promover cursos de capacitação para os tabeliães sobre os direitos das pessoas com deficiência. O desconhecimento sobre a CDPD e a EPD pelo notário pode gerar óbice à concretização do direito ao casamento das pessoas com deficiência psíquica e intelectual e infringir o art. 83 do estatuto, constituindo discriminação em razão da deficiência.

Conforme observado na pesquisa de campo, muitos tabeliães não conheciam a Convenção da ONU e, por isso, negavam a habilitação do casamento às pessoas com deficiência. Os entrevistados afirmavam que faltava uma legislação infraconstitucional específica para concretizar

esse direito. Com o advento do EPD, essa lacuna foi preenchida. Com isso, há grande probabilidade que postura desses notários em relação ao casamento das pessoas com deficiência tenha sido alterada. A exemplo, cita-se que, menos de dois meses após entrar em vigor o EPD, um cartório paulista realizou casamento de pessoas com deficiência (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2016).

O reconhecimento do casamento das pessoas com deficiência pelos tabeliães é o primeiro passo para a concretização de uma das questões subjetivas existenciais mais importantes para o sujeito. Todavia, vencida essa etapa, surgem diversas outras situações específicas e inerentes ao casamento, como o planejamento familiar e a criação dos filhos, que devem ser alvo de reflexões e pesquisas futuras.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Senado Federal. *Projetos e matérias legislativas*. 2013. Disponível em: <<http://migre.me/qTild>>. Acesso em: 4 jul. 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Cartório paulista sai na frente e realiza casamento inédito de pessoa com deficiência, depois da Lei Brasileira de Inclusão*. 2016. Disponível em: <<http://migre.me/tA9TO>>. Acesso em: 5 mar. 2016.
- MAUÉS, Antônio Moreira. *Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional*. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 18, p. 215-235, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://migre.me/qQoYB>>. Acesso em: 12 jul. 2015.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al. *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 53-74.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Integridade psíquica e capacidade de exercício*. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 33, p. 3-36, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. *O papel do tabelião no ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação do art. 38, Lei 9.514/97 (parecer)*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-papel-do-tabeliao/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 2.
- UNITED NATIONS. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. 2006. Disponível em: <<http://migre.me/rf8jP>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

Essere 
nel Mondo

e-book editora