

Organizadores: Prof. Alfredo Lampier Junior
Prof. Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL:

Desafios e Perspectivas



Colatina/ES - 2024

ORGANIZADORES

Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

Alfredo Lampier Júnior

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: desafios e perspectivas

**COLATINA
EDITORAS UNESC
2024**

ORGANIZADORES
Katia Dutra Pinheiro de Lacerda
Alfredo Lampier Júnior

AUTORES
Alfredo Lampier Junior
Danielle Braun Calavotte Cozer
Eduarda Rocha Tenório
Gabriel Deivid Soares Goulart
Henrique Guaitolini
Henzo Motinho Zumake
Jonhny Estefano Ramos Lievori
Josele da Rocha Monteiro
Júlia Nascimento Mascarenhas
Katia Dutra Pinheiro de Lacerda
Leandra Falcheto Bertoldi
Marina Rossati Strutz
Matheus Alves Galdino
Rodrigo Gobbo Nascimento
Saulo Hoffmann Prates
Sílvio Justino Inácio
Stefani Pereira Brunow
Sthephania Larissa Oliveira de Castro
Valéria Angela Colombi Marchesi

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: desafios e perspectivas

COLATINA
EDITORA UNESC
2024

© 2024, Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC – Colatina (ES).

Organizadores

Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

Alfredo Lampier Júnior

Capa

Marketing do UNESC

Editoração Eletrônica

Adriana de Moura Gasparino

Daniele Sabrina Cherubino Simões

Revisor

Geraldo Magela Freitas dos Santos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária Daniele Sabrina Cherubino Simões – CRB 6 741/ES)

Lacerda, Katia Dutra Pinheiro de.

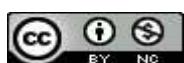
20 Anos do código civil: desafios e perspectivas. Katia Dutra Pinheiro de Lacerda e Alfredo Lampier Júnior (Org.) – Colatina ES: UNESC, 2024.

198p.;

ISBN e-book 978-65-89885-16-0

1. Código civil brasileiro 2. Direito civil 3. UNESC.
I. Centro Universitário do Espírito Santo II. Título.

CDD: 340



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. - Atribuição 4.0 Internacional

20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL: desafios e perspectivas

Esta obra foi desenvolvida por alunos e professores do curso de Direito do Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC, em homenagem aos 20 anos do Código Civil Brasileiro.

Nota da Organização

Os conteúdos publicados neste livro (**20 Anos do Código Civil: desafios e perspectivas**, são de inteira responsabilidade dos organizadores e autores.

ORGANIZADORES

Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

Mestre em Direito (2009) pelo Centro Universitário Fluminense - UNIFLU. Especialista em Direito Civil (2004) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egressa do curso de Direito (2003) do UNESC - Campus Colatina/ES. Advogada. Professora do UNESC.

Alfredo Lampier Junior

Mestre em Sociologia Política (2018), pela Universidade de Vila Velha - UVV. Especialista em Direito Civil (2003) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egresso do curso de Direito (2001) do UNESC. Advogado. Coordenador do Curso de Direito do UNESC - Campus Colatina. Professor do UNESC.

AUTORES

Alfredo Lampier Junior

Mestre em Sociologia Política (2018), pela Universidade de Vila Velha - UVV. Especialista em Direito Civil (2003) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egresso do curso de Direito (2001) do UNESC. Advogado. Coordenador do Curso de Direito do UNESC - Campus Colatina. Professor do UNESC.

Danielle Braun Calavotte Cozer

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense - UNIFLU. Especialista em Direito Civil (2004) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egressa do curso de Direito (2003) do UNESC - Campus Colatina/ES. Ex-professora do UNESC. Professora do IFES - Instituto Federal do Espírito Santo, Campus Colatina/ES.

Eduarda Rocha Tenório

Acadêmica do 8º período do curso de Direito do UNESC - Campus Serra/ES.

Gabriel Deivid Soares Goulart

Acadêmico do 5º período do curso de Direito do UNESC - Campus Colatina/ES.

Henrique Guaitolini

Acadêmico do 10º período do curso de Direito do UNESC - Campus Colatina/ES.

Henzo Motinho Zumake

Egresso do curso de Direito do UNESC - Campus Serra/ES.

Jonhny Estefano Ramos Lievori

Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento (2020) pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2005) pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Egresso do curso de Direito (2002) do UNESC. Advogado. Coordenador do Curso de Direito do UNESC - Campus Serra. Professor do UNESC.

Josele da Rocha Monteiro

Doutor em Ciências da Educação (2023), pela Faculdade Interamericana de Ciências Sociais - FICS. Mestre em Comunicação, Linguagens e Cultura (2020), pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Especialista em Direito Civil (2003) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egresso do curso de Direito (2001) do UNESC - Campus Colatina/ES. Professor do UNESC.

Júlia Nascimento Mascarenhas

Acadêmica do 10º período do curso de Direito do UNESC - Campus Colatina/ES.

Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

Mestre em Direito (2009) pelo Centro Universitário Fluminense - UNIFLU. Especialista em Direito Civil (2004) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egressa do curso de Direito (2003) do UNESC - Campus Colatina/ES. Advogada. Professora do UNESC.

Leandra Falcheto Bertoldi

Acadêmica do 10º período do curso de Direito do UNESC - Campus Colatina/ES.

Marina Rossati Strutz

Acadêmica do 10º período do curso de Direito do UNESC - Campus Colatina/ES.

Matheus Alves Galdino

Acadêmico do 10º período do curso de Direito do UNESC - Campus Colatina/ES.

Rodrigo Gobbo Nascimento

Mestre em Educação, Administração e Comunicação (2001), pela Universidade São Marcos - UNIMARCO. Egresso do curso de Direito (1997) do UNESC - Campus Colatina/ES. Ex-professor do UNESC. Advogado.

Saulo Hoffmann Prates

Mestre em Direito (2014), pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RJ. Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2008) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egresso do curso de Direito (2005) do UNESC - Campus Colatina/ES. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Professor do UNESC.

Sílvio Justino Inácio

Egresso do curso de Direito (2019) do UNESC - Campus Colatina/ES. Advogado.

Stefani Pereira Brunow

Acadêmica do 10º período do curso de Direito do UNESC - Campus Colatina/ES.

Sthephania Larissa Oliveira de Castro

Especialista em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/MG. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal (2019) pelo Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC. Egressa do Curso de Direito (2015) do UNESC - Campus Colatina/ES. Advogada.

Valéria Angela Colombi Marchesi

Doutora em Ciências Jurídicas Sociais (2006) pela Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA. Especialista em Direito de Família e Sucessões (2018) pela Faculdade Damásio. Egressa do Curso de Direito (1995) do UNESC - Campus Colatina/ES. Advogada. Professora do UNESC.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
A DESAPROPRIAÇÃO POR CONFISCO COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE NO CASO DA CULTURA DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS	12
Sthephania Larissa Oliveira de Castro	
Danielle Braun Calavotte Cozer	
A (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ALEATÓRIOS	28
Stefani Pereira Brunow	
Katia Dutra Pinheiro de Lacerda	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO NOS CASOS DE MASSACRES ESCOLARES	44
Matheus Alves Galdino	
Katia Dutra Pinheiro de Lacerda	
CLÁUSULAS SUPRESSIO E SURRECTIO: APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO CONFORME O STJ.....	63
Gabriel Deivid Soares Goulart	
Henrique Guaitolini	
Alfredo Lampier Junior	
DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM TEMPOS DE PANDEMIA	78
Henzo Motinho Zumake	
Josele da Rocha Monteiro	
HOLDING FAMILIAR: UMA ALTERNATIVA À SUCESSÃO HEREDITÁRIA	88
Henrique Guaitolini	
Saulo Hoffmann Prates	
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E A SUCESSÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	103
Marina Rossati Strutz	
Alfredo Lampier Júnior	
NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO SEM VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO E DO HOSPITAL POR ERRO DECORRENTE DE CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA	116
Sílvio Justino Inácio	
Alfredo Lampier Junior	

O BULLYING E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PARTICULARES: ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O TEMA	139
Júlia Nascimento Mascarenhas	
Katia Dutra Pinheiro de Lacerda	
RESPONSABILIDADE CIVIL E PROTEÇÃO DE DADOS: UM DIÁLOGO DE FONTES ENTRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O CÓDIGO CIVIL	153
Eduarda Rocha Tenório	
Johnny Estefano Ramos Lievori	
TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL APLICADO AOS CONTRATOS: ANÁLISE DO RESP 1.622.555/MG	172
Henrique Guaitolini	
Rodrigo Gobbo Nascimento	
UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO: A SOBREPOSIÇÃO DA ENTREGA VOLUNTÁRIA AO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR EXTENSIVA.....	186
Leandra Falcheto Bertoldi	
Valéria Angela Colombi Marchesi	

APRESENTAÇÃO

O Código Civil brasileiro, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, completou 20 anos de vigência, em janeiro de 2023. Essa data representa um importante marco na história do Direito Civil brasileiro, pois consolida um novo sistema jurídico.

Com princípios distintos do *Codex* anterior, marcado pela racionalização dos interesses básicos de uma sociedade patriarcal, o atual código buscou e busca fundamentar-se nos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

Para comemorar esse marco, o Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC, lança o e-book “**20 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**”. Esta obra coletiva reúne artigos científicos produzidos por professores e ex-professores civilistas, alunos e egressos do curso de Direito do UNESC, que, por sua vez, conta com mais de meio século de existência.

Grandes temas, como se verá, estão inseridos, destacando-se conceitos e princípios da teoria geral dos contratos, dos direitos reais, do direito de família, do direito das sucessões e da responsabilidade civil.

O livro que apresentamos é uma obra coletiva, cuja proposta é apresentar análises de alguns dos inúmeros institutos do direito civil, como resultado de estudos jurídicos. Constitui importante contribuição para a comunidade acadêmica e científica. A obra oferece uma visão atualizada do Direito Civil brasileiro, a partir de uma perspectiva crítica e reflexiva.

Agradecemos a todos os autores, revisores, à Biblioteca e Editora UNESC, que contribuíram para a realização deste projeto. Esperamos que o presente conjunto de estudos desperte em seus leitores um estado reflexivo na busca e avaliação dos resultados desses 20 anos de vigência do Código Civil e de seus impactos na sociedade.

Colatina/ES, 21 de dezembro de 2023.
Os Organizadores.

A DESAPROPRIAÇÃO POR CONFISCO COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE NO CASO DA CULTURA DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS

Sthephania Larissa Oliveira de Castro

Danielle Braun Calavotte Cozer

RESUMO

O presente artigo buscou analisar o uso excepcional, no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto de confisco de bens. A investigação teve como objeto, os imóveis nos quais haja a cultura ilegal de plantas psicotrópicas nos moldes do art. 243 da Constituição Federal de 1988 (CF). Para explorar a temática metodologicamente, utilizou-se da pesquisa exploratória e do levantamento bibliográfico. Por meio do estudo de dispositivos legais, julgados, entendimentos doutrinários pertinentes, pode-se concluir que a desapropriação-sanção abrangeá toda porção territorial do imóvel no qual foi encontrado o plantio ilegal de espécies psicotrópicas. Por fim, também foi observado que, caso o proprietário comprove que não incorreu em culpa “*in vigilando*” ou “*eligendo*” a supracitada intervenção do Estado na propriedade privada será afastada.

Palavras-Chave: Propriedade; desapropriação; confisco; expropriação; direito fundamental.

ABSTRACT

This article sought to analyze the exceptional use in the Brazilian legal system of the asset confiscation institute. The object of the investigation was properties in which there is illegal cultivation of psychotropic plants in accordance with art. 243 of the Federal Constitution of 1988 (CF). To explore the theme methodologically, exploratory research and bibliographical research were used. Through the study of legal provisions, judgments and pertinent doctrinal understandings, it can be concluded that the expropriation sanction will cover the entire territorial portion of the property in which the illegal planting of psychotropic species was found. Finally, it was also observed that, if the owner proves that he did not incur guilt “*in vigilando*” or “*eligendo*”, the aforementioned State intervention in private property will be dismissed.

Keywords: Property; expropriation; confiscation; fundamental law.

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade, parafraseando Gonçalves (2020), além de ser o mais importante dos direitos reais, também é o mais completo. Tal característica por vezes pode levar a uma falsa percepção de que qualquer ato ou conduta fundamentada no

respectivo direito está revestida de licitude. No entanto, como qualquer outro direito, a propriedade não é absoluta.

Dessa forma, embora a propriedade se apresente como “o mais importante e mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas” (Gonçalves, 2020, p. 80), sua configuração jurídica requer a punição formal de atos que configurem abuso no seu exercício. Neste contexto se encaixa a espécie desapropriação-sanção. Caracterizada como excepcional no ordenamento jurídico pátrio, tal ato confiscatório pressupõe a inexistência de qualquer retribuição indenizatória por parte do Estado pela aquisição da propriedade dos bens e valores apreendidos.

A possibilidade de confisco de bens supracitada, está prevista constitucionalmente no art. 243, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 81/2014 (Brasil, 2016), sendo importante limitação ao direito fundamental da propriedade. Logo, trata-se de instituto que visa a transferência compulsória de propriedades urbanas ou rurais, nas quais haja cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo.

Analisar a aplicação da desapropriação-sanção através de exemplos contemporâneos é o objetivo principal da presente investigação. Para atingir tal fim será necessário definir o direito de propriedade e a desapropriação-sanção, caracterizá-los e relacioná-los a situações ocorridas entre os anos de 2016 a 2023. Logo a pesquisa será predominantemente exploratória e realizada por meio de levantamento bibliográfico.

Insta destacar que a jurisprudência pátria, inclusive, já se debruçou sobre o tema, sendo que algumas divergências foram afetadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) com repercussão geral, pacificando divergências, o que será abordado no presente estudo.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE

A propriedade, como direito real mais completo, está prevista no art. 5º, XXII da CF, sendo direito fundamental do indivíduo. Neste sentido, esclarece Nascimento (2022, p. 13), que os direitos fundamentais estão estruturados sobre a dignidade da pessoa humana e consistem nos direitos mais “básicos do ser humano [...] essenciais,

basilares, prioritários, sem os quais não se pode garantir a dignidade do próprio ser humano".

O Código Civil de 2002 (CC) não traz propriamente um conceito de propriedade, mas sim os seus atributos, faculdades e direitos do titular, conforme a própria dicção do art. 1.228, *in verbis*: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha" (Brasil, 2002).

Dessa forma, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 16), definem o direito de propriedade como o "direito real de usar, gozar, fruir, dispor e reivindicar a coisa nos limites da função social".

Os atributos conferidos ao proprietário se traduzem nas seguintes características: direito absoluto, em regra, por ter eficácia *erga omnes*, mas que está limitado pelos interesses da coletividade, dado que é imprescindível o cumprimento da função social da propriedade; direito exclusivo, uma vez que não pode pertencer a mais de uma pessoa, salvo nas hipóteses como condomínio e copropriedade; direito perpétuo, pois permanece independente de seu exercício, enquanto não houver causa modificativa ou extintiva; direito elástico em relação ao seu exercício, de acordo com os atributos a serem utilizados ou não; dentre outros (Gagliano; Pamplona Filho, 2019).

Para Gonçalves (2020, p. 80), embora o conceito de propriedade não seja "aberto", é necessariamente "dinâmico". O jurista reconhece que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, essencialmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária.

Insta salientar que, embora desfrute de *status* fundamental, não se pode considerar o direito de propriedade como ilimitado da mesma forma como era visto no auge do Liberalismo, com base no Código Civil Francês de 1804 (Nascimento, 2022). Contemporaneamente com suporte na "funcionalização" e dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Art. 1.228, §1º do Código Civil, a propriedade deverá cumprir sua função social (Nascimento, 2022). O abuso do direito de propriedade, ou seja, atos emulativos por consequência, também são vedados. Neste sentido, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 161) se configurará o abuso quando houver "um

desvirtuamento da finalidade do direito exercido, independentemente do dolo ou da culpa do seu titular".

Destarte, Melo (2013) afirma que:

a propriedade é uma das bases do sistema socioeconômico do Estado, a sua importância transcende o âmbito dos direitos individuais, indo alocar-se também na ordem econômica e social, o que torna plenamente compreensível e razoável o entendimento de que a propriedade deve atender aos anseios tanto do proprietário quanto da sociedade.

1.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A própria tutela constitucional da propriedade, mencionada no artigo 5º, inciso XXII, é imediatamente seguida pelo inciso XXIII e disciplina que a propriedade atenderá a sua função social.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (Brasil, 1988).

Percebe-se claramente uma relação de complementaridade entre a propriedade e sua função social, como princípios de mesma hierarquia, de modo que a Constituição Federal tutela a propriedade, garantindo a sua perpetuidade e exclusividade, quando essa alcançar tal atribuição. Neste sentido, destaca Moraes *et al* (2018, p. 251) que,

[...] em que pese a proteção de ordem privada da propriedade, ela deverá retratar uma finalidade econômica e social apta a sua vocação urbana ou rural, gerando frutos, empregos e conduzindo a uma justa circulação das riquezas, de modo a que tenha uma sociedade mais justa e solidária, objetivo primaz do estado democrático de direito.

Tartuce (2023) aduz que o §1º do art. 1.228 do CC é de extrema importância, haja vista que consagra expressamente a função social, trazendo um sentido de finalidade, como princípio orientador da propriedade, bem como representa sua principal limitação.

Observa-se, que a propriedade passa a sofrer influência da doutrina de Leon Duguit. Destaca Orlando Gomes citado por Tartuce (2023, p. 1.838) que:

No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política

de limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito - conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional.

Teizen Junior (2004) *apud* Melo (2013), ressalta que a refundição da propriedade se prende a três princípios: o bem comum, a participação e a solidariedade. Quanto ao primeiro, a sociedade surge porque as pessoas descobrem uma vontade geral e um bem que é comum e dispõem-se a construí-lo. Logo, a ele se subordinam os bens particulares. A participação social resulta da contribuição de todos, a partir daquilo que são e daquilo que têm, transformando assim o indivíduo em ser humano. Por último, a solidariedade, que nasce da percepção de que todos vivem uns pelos outros, valor sem o qual a sociedade não é humana.

Registra-se que a Constituição Federal estabelece a necessidade do cumprimento da função social tanto pela propriedade urbana quanto pela rural (Brasil, 1988).

Dessa forma, acrescenta Carvalho Filho (2020, p. 963) que,

[...] ao Estado será lícito intervir na propriedade toda vez em que não esteja cumprindo seu papel no seio social, e isso porque, com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua função primordial, qual seja, a de atuar conforme os reclamos de interesse público.

Nesse sentido, é importante destacar que, quando há o cultivo de plantas psicotrópicas de forma ilegal, não há que se falar em atendimento à função social da propriedade.

O mesmo entendimento pode ser utilizado em casos análogos, como exemplo, os bens móveis e imóveis que são utilizados tanto para a plantação, como para beneficiamento, transporte de drogas ilícitas e sua comercialização, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) 638.491/PR (Brasil, 2017).

Cotidianamente vários casos trazem à baila a análise mencionada. Colocando à prova a prescrição normativa e os tribunais pátrios. Cita-se como exemplo:

Policiais da 6ª Companhia da Polícia Militar de Sapezal (7º Comando Regional) prenderam no final da tarde desta segunda-feira (06.03), dois jovens que mantinham uma pequena plantação de maconha no quintal de casa. Os pés da droga estavam em um vaso de cimento, entre hortaliças e ervas aromáticas (cebolinha e manjericão) usadas na culinária. Os dois rapazes, H.R., 22, e J.B.S., 20, moram no bairro Jardim dos Ipês, onde foram presos logo após confirmarem a existência da horta proibida. Eles confessaram que cultivavam maconha para consumo próprio. Essa é 10ª plantação de maconha descoberta em Mato Grosso entre janeiro de 2016 e março deste ano. Em outubro de 2016, por exemplo, foi descoberta uma plantação em Rondonópolis. A horta tinha 18 pés e ficava no bairro Alfredo de Castro, ao lado de uma igreja. (POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO, 2017)

Neste sentido, ainda a título de exemplo, tem-se que:

A Polícia Civil, em ação de combate ao tráfico de drogas em Porto Alegre, esta quinta-feira (27), prendeu em flagrante um servidor público que cultivava plantas de maconha na sua residência. A Polícia Civil chegou até o suspeito após o recebimento de diversas informações via disque-denúncia de que um Servidor Público teria diversas plantas de maconha na sua residência. Durante o cumprimento da ordem judicial, foram localizadas diversas plantas de maconha geneticamente modificadas, que produzem drogas conhecidas como 'camarão', porções da droga já secas prontas para uso, bem como três potes contendo sementes para o plantio do entorpecente e telefones celulares. O suspeito confessou ser o proprietário da residência e dos pés de maconha, das sementes e que estava cultivando há aproximadamente um ano. (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Quanto à destinação dos bens ou valores econômicos apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou da exploração do trabalho escravo, o parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal determina que será confiscado e será revertido a fundo especial com destinação específica, na forma da lei (Brasil, 1988).

Já os imóveis nos quais forem “localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas”, objeto de investigação desse trabalho, de acordo com o *caput* do art. 243, serão expropriados e destinados “à reforma agrária e a programas de habitação popular” (Brasil, 1988).

2 A DESAPROPRIAÇÃO COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À PROPRIEDADE E SEU PROCEDIMENTO

Tratando-se a propriedade de um direito perpétuo, só poderá ser perdida pela vontade do seu titular ou por atos involuntários, como o perecimento e a desapropriação. Esta possibilidade, objeto da presente investigação, está prevista no

art. 1.275 do Código Civil, que estabelece que “Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: [...] V - por desapropriação” (Brasil, 2002).

Alerta Gonçalves (2020) que, embora a desapropriação seja um instituto de direito público, ela tem reflexo direto no direito civil. Seu fundamento está previsto nos §§ 3º e 4º do art. 1.228 do CC, que estabelece:

Art. 1.228 [...]

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (Brasil, 2002).

Destaca ainda Carvalho Filho (2020, p. 1.336) que,

[...] como a desapropriação é em regra promovida pelas pessoas de direito público, a perda da propriedade pelo proprietário privado retrata, por outro ângulo, a aquisição pelo expropriante. Os bens desapropriados transformam-se em bens públicos tão logo ingressem no patrimônio do expropriante. Mesmo que venham a ser repassados a terceiros, como no caso da reforma agrária, os bens desapropriados permanecem bens públicos enquanto não se dá a transferência.

Registra Gonçalves (2020, p. 118) que, em regra, a desapropriação “não representa confisco, vez que não existe em nosso direito esse modo de perder a propriedade”, salvo como já apresentado, nos casos estabelecidos pelo art. 243 da CF. Portanto, o dispositivo supracitado fundamenta a realização da chamada desapropriação-confisco ou desapropriação-sanção ao estabelecer que:

Art. 243 As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no Art. 5º (Brasil, 1988).

Dessa forma, a desapropriação-sanção realizada em decorrência do “descumprimento da função social da propriedade” é um dos desdobramentos do abuso ao direito de propriedade. Na opinião de Moraes *et al.* (2018, p. 251) trata-se na verdade de “exata e enérgica intervenção do Estado na propriedade, a fim de punir tão grave e ignobil conduta ao passo que destina os bens ao devido cumprimento da função social”.

Classifica Moraes *et al.* (2018, p. 2.931) o uso do termo “expropriação sem indenização” em substituição a “confisco”. Relembra ainda o supracitado jurista que, a discussão acerca do “confisco do exato local onde fossem encontradas as plantas psicotrópicas ou de toda a gleba”. No entanto acrescenta que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal (STF) “a tese segundo a qual toda a propriedade, ainda que se utilizasse parte dela para o plantio ilícito, seria confiscada” (Moraes *et al.*, 2018, p. 2.932).

O procedimento legal da desapropriação-confisco está regulamentado infraconstitucionalmente pela Lei 8.257/91 e pelo Decreto 577/92, que nesse caso aduz um rito mais célere que os demais tipos de desapropriação, em virtude de seu caráter sancionatório.

Registra Carvalho Filho (2020, p. 1039) que essa medida não é “a única sanção” dado que o art. 243, destaca que “será aplicada sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Acrescenta-se que o objetivo da modalidade, expressamente apontado na CF é o combate ao “tráfico de entorpecentes” bem como a luta contra a “escravidão laborativa” (Brasil, 1988).

A desapropriação-sanção se distingue das demais, dado que:

[...] por sua própria particularidade, não há ensejo para a expedição de decreto declaratório prévio. Por essa razão, a fase administrativa limita-se à formalização das atividades gerais e as de polícia dos órgãos públicos com vistas à preparação da ação de desapropriação (Carvalho Filho, 2020, p. 1.040).

Para tanto, o ato regulamentador (Dec. 577/92) atribuiu a Polícia Federal e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) a articulação administrativa objetivando identificar as áreas nas quais estão presentes o cultivo ilegal e as providências necessárias ao ajuizamento da ação expropriatória. Podendo o INCRA inclusive, imitir-se na posse do imóvel expropriando em nome da União.

Reputa-se importante a observação constante da Lei 8.257/91, no que tange a cultura de plantas psicotrópicas, vez que esta abrange o preparo da terra tanto para semeadura, quanto para o plantio ou colheita (Brasil, 1991).

De acordo com Malbergier e Amaral (2013) a Organização Mundial da Saúde conceitua como “qualquer entidade química ou mistura de entidades que altere a função biológica e possivelmente a estrutura do organismo”. Aduzem ainda os autores que as drogas psicotrópicas são “aqueelas que atuam sobre o cérebro, modificando o

seu funcionamento, podendo provocar alterações no humor, na percepção, comportamento e estados da consciência”.

A classificação de quais seriam essas plantas psicotrópicas, fica a cargo do Ministério da Saúde, que emitirá rol específico, qual seja, a Portaria 344/98 (atualizada pela RDC 227 de 17 de maio de 2018), nos termos do art. 2º da Lei 8.257/92 e do Decreto regulamentador.

Ressalta-se que o Ministério da Saúde é o órgão competente para autorizar excepcionalmente a cultura dessas plantas, quando atendidas exclusivamente finalidades terapêuticas e científicas (Brasil, 1992).

As exceções quanto ao plantio, estão previstas na própria Lei 11.343/06, no que tange às plantas de uso ritualístico-religioso estrito e as com fins exclusivos medicinais ou científicos, com locais e prazos definidos mediante fiscalização (Brasil, 2006).

A competência para a propositura da ação de Desapropriação-Sanção é da União. Outro não é o entendimento da doutrina, muito embora não haja menção expressa na lei. Assim,

[...] a competência para propor a ação expropriatória é privativa da União, sendo lícito, no entanto, que a atribuição seja delegada a pessoa de sua administração indireta. Há mais de uma razão para a atribuição ser privativa da União. Em primeiro lugar, é à União que cabe legislar privativamente sobre desapropriação. Ademais, a lei reguladora, tal como a Constituição, em nenhum momento fez referência direta a qualquer competência para Estados, Distrito Federal e Municípios, ao contrário do que ficou expresso na lei geral de desapropriações. Por último, a menção da lei ao tratar de alguns atos do procedimento é sempre feita à União Federal (Carvalho Filho, 2020, p. 1.040).

O procedimento da expropriação constante na lei 8.257/1991, entre os artigos 6º a 15, inicia-se com a citação dos expropriados no prazo de 5 (cinco) dias. Em se tratando de ação onde há interesse da União, é competente para o pedido à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I da CF. Ao ordenar a citação, o juiz já nomeará perito, que, ao aceitar o *munus*, terá o prazo de 8 (oito) dias para apresentar o laudo em cartório. Destaca-se que, o juiz poderá imitir a União na posse do bem, liminarmente, garantindo-se o contraditório, por meio de audiência de justificação (Brasil, 1991).

Encerrada a instrução, a sentença será prolatada no prazo de 5 (cinco) dias, cabendo recurso de apelação, na forma da lei processual, considerando-se que se aplicam subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil, por expressa previsão legal (Brasil, 1991).

Com o trânsito em julgado, o imóvel será incorporado ao patrimônio da União. O parágrafo único do art. 15, informa que a destinação para moradia ou reforma agrária que não for realizada no prazo de 120 (cento e vinte) dias ficará incorporada e reservada, junto ao patrimônio da União para posterior utilização naqueles moldes constitucionais (Brasil, 1991).

A lei 8.257/91 ainda estabelece em relação ao procedimento específico, em seu art. 17, que o confisco prevalecerá sobre os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) incidentes sobre o imóvel (Brasil, 1991).

Nesta previsão, trata-se de forma diversa a garantia do direito de terceiro de boa-fé, expressamente estabelecida na legislação penal geral, merecendo aplicação restrita (Brasil, 1991).

3 CONFISCO DE BENS

O confisco de bens é definido por Santos (2001) em seu dicionário jurídico como "ato de confiscar; apreensão e transferência de bens ao fisco ou ao exequente", remete ainda tal verbete a uma espécie de pena patrimonial.

Para Caeiro *apud* Rios e Pujol (2016) há necessidade de reformulação do adágio de que "o crime não compensa" para "o crime não deve compensar", por isso, mostram-se importantes os institutos da expropriação e do confisco de bens como desestímulo à prática de crimes.

Não há, todavia, no art. 243, expressa indicação da natureza jurídica do confisco, que recebe na norma constitucional geral a denominação de perda de bens e a natureza de pena, mas permanece na legislação ordinária tratado também como efeito da condenação.

Por fim, a ordem de apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações (Brasil, 2006).

4 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Os Tribunais pátrios têm se debruçado sobre o tema da expropriação de imóveis pela plantação de espécies psicotrópicas e do confisco de bens decorrentes do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Alguns pontos de extrema relevância foram discutidos nos últimos anos, dentre eles a possibilidade de não confisco do imóvel, quando o proprietário não detém conhecimento das culturas ilegais em sua terra, bem como a inexistência de requisitos a serem cumpridos para a expropriação de bens e valores.

A questão versada no RE 635.336, que trouxe como repercussão geral a natureza jurídica da responsabilidade do proprietário decorrente da verificação do cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, era tema bastante controverso entre os Tribunais pátrios, tendo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de ser objetiva, conforme previsto no Recurso Especial 498.742 de relatoria do Min. José Delgado, DJ 16.09.2003, “1. É objetiva a responsabilidade do proprietário de glebas usadas para o plantio de espécies psicotrópicas, sendo, em consequência, irrelevante a existência ou inexistência de culpa na utilização criminosa. [...]” (Brasil, 2003).

É cediço que o art. 243 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 8.257/91, no entanto, segundo relata Mendes (2021), o projeto de lei que deu origem ao diploma normativo foi aprovado com disposições que conferiam à responsabilidade contornos claramente subjetivos.

Insta lembrar que a responsabilidade civil deriva de uma violação de norma jurídica preexistente, impondo ao infrator a obrigação de indenizar. Tal dano pode ser causado a terceiros em razão de ato próprio, de ato de terceiro por quem responde, fato ou coisa ou animal sobre sua guarda, ou ainda por imposição legal (Brasil, 2002).

Acrescenta ainda o ministro Gilmar Mendes que a nova redação dada pela Emenda Constitucional 81/2014 ao art. 243 da CF (Brasil, 2016), alargou as hipóteses de cabimento do confisco, bem como aclarou a necessidade de observância de um nexo mínimo de imputação da atividade ilícita ao atingido pela sanção, inserindo, inclusive a imperiosidade da observância dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, “no que couber”. Conclui ainda o supracitado ministro, no voto condutor do RE 635.366/PE que, com base no art. 5º da CF, que o proprietário de imóvel que não é culpado pelo ato ilícito tem o seu direito protegido (Brasil, 2016).

Mendes (2016) *apud* Carvalho Filho, discorre sobre a inexistência de culpa:

O proprietário tem o dever de vigilância sobre sua propriedade, de modo que é de se presumir que conhecia o ilícito. Para nós, a hipótese só vai comprovar que o cultivo é processado por terceiros à sua revelia, mas aqui o ônus da prova se inverte, cabendo ao proprietário produzi-la. Neste caso, parece-nos

tratar-se de fato de terceiro, não se consumando o pressuposto que inspirou essa forma de expropriação (Carvalho Filho, 2020. p. 1.040-1.041).

Aduz ainda o Ministro Gilmar Mendes que a função social da propriedade impõe o dever de zelar pelo uso lícito do terreno, no entanto, esse dever não é ilimitado, só se podendo exigir que o proprietário evite o ilícito quando isso estava razoavelmente ao seu alcance. Podendo assim afastar sua responsabilidade, demonstrando que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *eligendo*. Portanto, em sendo o caso de condomínio, havendo boa-fé de apenas alguns dos proprietários, caberá a sanção, restando ao inocente a busca pela reparação, adotando a tese de que a expropriação, prevista no art. 243 da CF, pode ser afastada, desde que o proprietário do imóvel comprove que não incorreu em culpa (Brasil, 2016).

Aclara Rizzato (2020), que a culpa *in vigilando* tem como característica “a falta de cuidados e fiscalização de parte do proprietário ou do responsável pelos bens e pelas pessoas”, já na culpa *in eligendo* “o agente não procede com acerto na escolha de seu preposto, empregado, representante, ou não exerce um controle suficiente sobre os bens usados para uma determinada atividade”.

Restando ementado da seguinte forma:

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Administrativo. Cultivo ilegal de plantas psicotrópicas. Expropriação. Art. 243 da CF/88. Regime de responsabilidade. 3. Emenda Constitucional 81/2014. Inexistência de mudança substancial na responsabilidade do proprietário. 4. Expropriação de caráter sancionatório. Confisco constitucional. Responsabilidade subjetiva, com inversão de ônus da prova. 5. Fixada a tese: “A expropriação prevista no art. 243 da CF pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que *in vigilando* ou *in eligendo*”. 6. Responsabilidade subjetiva dos proprietários assentada pelo Tribunal Regional. 7. Negado provimento ao recurso extraordinário (Brasil, 2016).

Acrescenta-se ainda que no Recurso Extraordinário 638.491 restou ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243,

parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas [...] 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento (Brasil, 2017).

Neste mesmo sentido:

EMENTA: [...] A expropriação do imóvel, prevista no artigo 243, da Constituição Federal, somente pode ser afastada se o seu proprietário comprovar que não incorreu em culpa, ainda que "*in vigilando*" ou "*eligendo*". Não havendo prova nesse sentido, deve ser mantida a expropriação decretada na sentença (MINAS GERAIS, TJ-MG, 2020).

5 CONCLUSÃO

Como bem aponta Carvalho Filho (2020, p. 963) o instituto da desapropriação envolve aspectos de “natureza política, administrativa, econômica e social, o que reclama mais cuidado quanto a seu estudo”.

Logo, é de se presumir que a discussão da desapropriação-confisco no caso de imóveis nos quais haja a cultura de plantas psicotrópicas, ou seja, uma limitação ao direito fundamental à propriedade, requer cautela tanto do legislador quanto dos órgãos jurisdicionais.

Diante do comando constitucional emanado através do art. 243 que impõe uma expropriação sem pagamento de qualquer retribuição pela União, não causa estranheza a necessidade de se analisar a existência ou não da culpa *in vigilando* ou *eligendo* por parte do proprietário.

Portanto, encontra-se em total consonância com os atributos reais do direito à propriedade que não ocorra a aplicação do confisco, penalidade excepcional do ordenamento jurídico brasileiro, sobre o proprietário que mesmo utilizando de toda diligência possível no cumprimento da função social foi surpreendido com o uso indevido ou clandestino de terceiros do imóvel para fins criminosos. Conclusão essa alcançada após o estudo de dispositivos legais, julgados e entendimentos doutrinários contemporâneos.

Enfim, diante dos fatos e discussões apresentadas, resta cristalino que não há mais espaço para se conceber a propriedade privada divorciada do cumprimento de sua função social, política, econômica e ambiental. Sugere-se à comunidade acadêmica e interessados o aprofundamento na discussão, rica por estar no liame do

direito público e do direito privado, a realização de outros estudos que busquem ampliar ou complementar as informações sobre o objeto de estudo aqui investigado.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Rafael Xavier. Desapropriação Confiscatória. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2016. Disponível em:
<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46934/desapropriacao-confiscatoria>.>Acesso em: 23 nov. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- _____. **Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991**. Dispõe sobre a expropriação de glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8257.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.
- _____. **Decreto nº 577, de 24 de junho de 1992**. Dispõe sobre a expropriação de glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0577.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.
- _____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.336-PE**, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13611711>>. Acesso em: 09 nov. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 638.491-PR**, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413414>>. Acesso em: 09 nov. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 498.742**. Relator ministro José Delgado. Primeira turma, Brasília, DF, 24 de novembro de 2003. Diário de Justiça da União. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 823, p. 173, maio. 2004.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 34. ed. São Paulo: Atlas. 2020. 1423 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** direitos reais. vol. 5. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 943 p.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas. 2002. 176 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas.** vol. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2020. 561 p.

MALBERGIER, André; AMARAL, Ricardo Abrantes do. **Conceitos básicos sobre o uso abusivo e dependência de drogas.** Universidade Federal do Maranhão. São Luís: UNASUS/UFMA. 2013. Disponível em: <<https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/2046/3/Mod%20003%20UNIDADE%2001.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MELO, José Mário Delaiti de. **A função social da propriedade.** 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660&revista_caderno=7>. Acesso em: 23 nov. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça - TJ-MG. **Apelação criminal: APR: 10024181147661001 MG,** Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 27/08/2020, Data de Publicação: 04/09/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/931193958>>. Acesso em 23 set. 2023.

MORAES, Alexandre et al. **Constituição Federal Comentada.** Rio de Janeiro: Forense, 2018. 2.966 p.

NASCIMENTO, Philippe Augusto dos Santos. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Mizuno, 2022. 371 p.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO. Jovens são presos por plantar maconha no quintal de casa em Sapezal. **Notícias,** 07/03/2017. Disponível em: <<https://www.pm.mt.gov.br/-/5909306-jovens-sao-presos-por-plantar-maconha-no-quintal-de-casa-em-sapezal>>. Acesso em 20 de jul. 2023.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Servidor Público é preso em flagrante por cultivar maconha em casa. **Notícias**, 28/05/2021. Disponível em: <<https://www.pc.rs.gov.br/servidor-publico-e-preso-em-flagrante-por-cultivar-plantas-de-maconha-em-casa>>. Acesso em 21 de jun. de 2023.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 123-158, jan./fev. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: culpa, ato ilícito e responsabilidade. 2020. Disponível em: <<https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/culpa-ato-illicito-responsabilidade/>>. Acesso em 23 set. 2023.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. 340 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6^a. ed. São Paulo: Método. 2023. 1749 p.

A (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ALEATÓRIOS

Stefani Pereira Brunow

Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão, tendo em vista a ocorrência da onerosidade excessiva nos contratos classificados como aleatórios, desde o Código Civil de 1916 até a terceira década deste século, sob a vigência do Código Civil de 2002. Inicialmente, esse estudo apresenta o conceito amplo de contratos e as suas classificações com enfoque no objeto de estudo, quais sejam, os comutativos e os aleatórios. Na segunda parte destaca ao leitor quais os princípios presentes no direito contratual, frisando o princípio da *pacta sunt servanda* e o da Teoria da Imprevisão, a qual traz suas peculiaridades objetivando a compreensão do funcionamento da relativização da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos, quando se torna impossível o cumprimento da obrigação por uma das partes. Por fim, o trabalho expõe vários entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes acerca da possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão nos contratos aleatórios atualmente.

Palavras-Chave: Teoria da Imprevisão; contratos aleatórios; *pacta sunt servanda*; onerosidade excessiva.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of applying the Imprediction Theory in view of the occurrence of excessive onerosity in contracts classified as random, under the Civil Code of 2002. Initially, this study presents the broad concept of contracts and their classifications with a focus on the object of study, namely commutative and random contracts. In the second part, the reader is shown the principles present in contract law, with emphasis on the principle of *pacta sunt servanda* and the Theory of Imprediction, which has its peculiarities with the aim of understanding how the obligation to fulfill contracts works when it becomes impossible for one of the parties to fulfill the obligation. Finally, the paper sets out various divergent doctrinal and jurisprudential understandings about the possibility of applying the Theory of Imprediction in random contracts today.

Keywords: Unpredictability theory; random contracts; agreements are to be kept; excessive onerousness.

INTRODUÇÃO

Inicialmente o presente artigo terá como finalidade abordar, dentro do direito civil, o que são os contratos, suas classificações, e, após essa análise, buscará ver a

possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão, quando não for possível cumprir com o princípio *pacta sunt servanda*, pois, de alguma forma a obrigação se tornará excessivamente onerosa ou difícil de ser cumprida devido a eventos imprevisíveis para algumas das partes.

O objetivo crucial dessa pesquisa será abordar as especificações dos contratos quando classificados como aleatórios, vislumbrando que, nesse caso, não será possível a aplicação da Teoria da Imprevisão, tendo em vista que as partes assumirão os riscos inerentes à obrigação pactuada. Entretanto, quando tratar-se de um acontecimento imprevisível e extraordinário decorrente de fatores estranhos ao que fora contratado, há quem defenderá a aplicação dessa teoria.

A principal finalidade da pesquisa é demonstrar se será possível a aplicação ou não da Teoria da Imprevisão nos contratos aleatórios entabulados no Código Civil de 2022, abordando o que é a Teoria da Imprevisão, distinguindo os contratos aleatórios dos comutativos, além de descrever o princípio da obrigatoriedade dos contratos, também conhecido como *pacta sunt servanda*, um princípio que não é considerado absoluto, pois admite exceções.

Vale mencionar que, o projeto em epígrafe é uma pesquisa bibliográfica embasada em doutrinas capitaneadas por autores renomados, tais como: Pablo Stolze Gagliano, Orlando Gomes, Carlos Roberto Gonçalves, Cláudia Lima Marques, Caio Mário da Silva Pereira, Flávio Tartuce e outros, bem como em artigos científicos e julgados, que são encontrados por meio do banco de dados dos tribunais e da ferramenta Minha Biblioteca.

Por fim, torna-se importante mencionar que o tema possui uma alta relevância jurídica, visto que está cada vez mais presente a revisão contratual decorrente de alterações extraordinárias que possam vir a modificar os termos dos contratos, seja por uma pandemia, como ocorreu em 2020 devido à COVID-19, ou outros casos em que uma das partes não consiga cumprir com a sua obrigação. Assim, é necessário que esse assunto atinja a sociedade, por ser um tema pouco debatido, possibilitando que todos saibam como e quando utilizar a Teoria da Imprevisão.

1 O CONCEITO DE CONTRATOS

Conforme Tartuce (2023), a palavra contrato teve seu surgimento junto com a sociedade, momento em que as pessoas tiveram que se unir, estabelecer regras e

aprender a viver em harmonia. Nessa perspectiva, entende-se que o contrato é um conceito tão antigo quanto os seres humanos. Esse tipo de relação vem se moldando desde os primórdios de acordo com a realidade social. Assim, conforme a evolução e o desenvolvimento da sociedade, se fez essencial o aprimoramento do conceito de contratos que melhor atenda a vontade da coletividade.

Para o autor supramencionado, o contrato é considerado um dos principais pilares do direito das obrigações e é um instituto fundamental do Direito Privado. O contrato pode ser conceituado como um instrumento jurídico que envolve duas ou mais partes com o objetivo de estabelecer, modificar ou extinguir direitos e obrigações de natureza patrimonial. Consiste em um acordo estabelecido por meio da manifestação de vontade das partes envolvidas e outros elementos acessórios. Ressalta, ainda, que é importante que o objeto ou conteúdo do contrato seja lícito e esteja em conformidade com as leis, a boa-fé, a função social e econômica dos contratos e os bons costumes.

Entretanto, segundo Gonçalves (2022), é necessário não só a interpretação da legislação, mas também do contrato, para que se possa entender o alcance e o objetivo da manifestação de vontade das partes. Pois, nem sempre o que está descrito nos termos do acordo é realmente o que as partes queriam pactuar, já que a pessoa responsável pela tarefa de descrever os termos do contrato, às vezes, não consegue transcrever com exatidão as cláusulas, tendo em vista, a complexidade da transação. Assim, visando evitar uma má execução dos contratos, é importante compreender a intenção das partes, por meio de símbolos, sinais e palavras. Na mesma linha de pensamento, o Código Civil atual, em seu art. 113, dispõe que: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”(Brasil, 2002).

A manifestação de vontade das partes é um dos requisitos essenciais para a criação de um negócio jurídico. Trata-se de um elemento subjetivo, que depende do querer das partes. Já a declaração dessa vontade passa ao estágio objetivo da coisa, tornando-se visível e apta a gerar efeitos jurídicos. Assim, ao constituir mais de uma declaração de vontade, temos um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que poderá ser exposto de duas maneiras, de forma tácita ou expressa. Será tácita de acordo com o art. 111 do Código Civil: “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”, e

será expressa quando verbalmente transcrita para o papel a sua vontade. Lembrando que, em alguns casos a própria lei determina a transcrição da vontade como forma de consentimento para validade do negócio (Gonçalves, 2022).

A negociação começa com duas etapas cruciais: a proposta e a aceitação. Mas, para Gonçalves (2022), não serão em todos os casos em que o contrato seguirá esse curso. Pode acontecer de, antes da proposta, surgir uma negociação preliminar, que são as conversas, jogo de preços, e que geralmente é demorada. Nessa fase, ainda não há um negócio jurídico propriamente dito, não ocorreu nenhuma manifestação de vontade, e caso algumas das partes queira desistir do negócio por perda de interesse, poderá fazê-lo sem responder por perdas e danos.¹

No momento da celebração do contrato exige-se que as partes sejam capazes, que estejam aptas a realizarem o negócio. O objeto da negociação deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Necessita-se de parte legítima para participar da relação processual, por possuírem interesses que carecem de proteção. O consentimento deve ser expresso por todas as partes do negócio jurídico contratual, livre de qualquer vício. São conhecidos como vícios de consentimento, o dolo, o erro e a coação. A forma da realização dos contratos deve ser observada, como regra geral pode ser realizado de forma livre, mas a forma escrita é a mais preferida, pois é a maneira mais fácil de meio de prova (Gomes, 2022).

1.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

A classificação dos contratos é uma etapa crucial para que se possa fazer uma análise adequada e compreender todas as implicações jurídicas envolvidas. A interpretação contratual é uma tarefa que exige do intérprete a avaliação cuidadosa da natureza do contrato, a fim de que possa compreender seus efeitos e determinar as obrigações de cada uma das partes envolvidas. É por isso que a doutrina busca fornecer subsídios para o intérprete, criando categorias que permitam agrupar os contratos de acordo com suas semelhanças e afinidades. Dessa forma, o conhecimento da doutrina é fundamental para a compreensão das diversas nuances

¹ Destaca-se, conforme preleciona Tartuce (2023), que a natureza da questão da responsabilidade civil em decorrência do rompimento das negociações preliminares está longe de ser pacífica, havendo posicionamentos que defendem a natureza extracontratual, embasada na comprovação de um ato ilícito (CC, art. 186), bem como aqueles que são tributários da responsabilidade contratual, fundada na frustração da boa-fé objetiva na fase pré-contratual (CC, art. 421).

presentes em cada categoria de contrato e para a correta aplicação das normas jurídicas correspondentes (Venosa, 2023).

Não há um critério legal expresso para a categorização dos contratos e, por essa razão, diversos autores adotam diferentes metodologias para classificá-los, buscando um enfoque que seja mais didático e adequado às suas concepções teóricas. Alguns autores utilizam critérios baseados nos efeitos jurídicos dos contratos, enquanto outros se baseiam nas partes envolvidas, no objeto contratado ou nas formalidades exigidas para sua celebração. Além disso, há autores que propõem classificações mistas, que combinam diferentes critérios em uma mesma categorização. Embora essa diversidade de critérios possa gerar certa confusão, é importante destacar que todas as classificações buscam fornecer subsídios para a compreensão das implicações jurídicas dos contratos e para a correta aplicação das normas correspondentes (Gagliano; Pamplona Filho, 2022).

Seguindo o mesmo raciocínio, Tartuce (2023) entende que os contratos podem ser classificados de várias formas, inclusive quanto aos riscos que envolvem a prestação (classificação mais importante para a compreensão do tema deste artigo). Assim, o autor ensina que, quanto aos riscos, os contratos podem ser comutativos, quando as partes têm conhecimento prévio das obrigações a serem cumpridas, ou aleatórios, quando uma das partes não sabe exatamente qual será a sua obrigação no momento da celebração do contrato, pois ela depende de fatores aleatórios. Ainda de acordo com o autor, certos negócios são considerados aleatórios em virtude de sua própria natureza, como nos casos de contratos de seguro e jogos de azar. Por outro lado, há situações em que o contrato é classificado como aleatório devido a um elemento acidental que torna a coisa ou objeto incerto em relação à sua existência ou quantidade, como na compra e venda de uma colheita futura.

Para Pereira (2022), os contratos são classificados como comutativos quando as partes possuem conhecimento das obrigações de cada um na relação contratual. Os valores estão equilibrados entre si, mas não tem uma quantia exata, pois o objeto do contrato não tem valor pré-definido. Assim, como é de conhecimento das partes o que fora acordado, acabam por fixar as prestações na proporção da avença. Já quando classificado como aleatório, como tratado anteriormente, não se tem conhecimento da obrigação de uma das partes, ficando dependente de um acontecimento incerto, e um risco para algumas das partes.

Segundo Pereira (2022), existe uma corrente doutrinária tradicional que faz menção do contrato aleatório na existência da álea bilateral, que significa sorte, azar ou perigo. As duas áleas versam uma sobre a existência da coisa, e a outra da sua quantidade. Quando uma das partes assume o risco da própria existência do contrato, será devido no todo o preço avençado, mesmo que nada se produza (CC, art. 458). Mas, se a álea tratar de quantidade e o objeto vier a produzir uma quantidade menor do que estipulado, após ser assumido por uma das partes, será devido o preço. Entretanto, caso nada se produza, nada deverá ser pago, pois o contrato não terá objeto (CC, art. 459). O Código Civil de 1916 diferenciava-se do atual, pois trazia em seu bojo que, para ser contrato aleatório, não seria necessário ser um evento futuro, mas, sim, qualquer prestação que gerasse risco.

No contrato aleatório, para Rizzato (2023), haverá sempre a presença de uma incerteza. Dessa feita, não há como saber a dimensão ou a quantidade das prestações, pois ficam subordinadas a um acontecimento inesperado e futuro. Para o autor, por haver a presença dessas características no contrato aleatório, é muito comum que possa gerar uma perda ou um lucro para um dos contratantes. Afirma, ainda, que pode nunca existir a relação entre a prestação e a contraprestação, já que não fica definido nos termos do negócio, por ser um evento que se subordina a um acontecimento casual. Não é necessário que este tipo de contrato esteja subordinado a um evento futuro, mas que seja oculto para as partes. Assim, após assumir para si o risco, não poderá desistir do que fora pactuado, caso não seja alcançado o fim positivo almejado pela parte que realizou o pagamento.

Diante do exposto, passa-se a apresentar os princípios norteadores do direito contratual, aqueles que fundamentam sua própria existência e fazem com que obtenham validade e cumprimento.

2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

De início, frisa-se que há divergências doutrinárias, uma vez que há autores que apontam diferentes princípios gerais do direito contratual, embora alguns princípios clássicos ou tradicionais estejam presentes na maioria da doutrina. Assim, para Venosa (2023), um significativo princípio é o da autonomia da vontade que sempre esteve presente nas relações humanas. Antigamente esse princípio era tratado como o centro dos pactos, mas atualmente há uma relativização do mesmo,

já que a autonomia de vontade é limitada pela ordem pública. Segundo o autor, as partes, ao pactuarem, possuem a liberdade de contratar, podendo escolher a modalidade do contrato, sendo típicos, aqueles previstos na legislação, e atípicos, quando criados pelas próprias partes de acordo com o que necessitam.

Outro princípio que está presente no âmbito contratual para Gomes (2022) é o consensualismo. Para o mesmo, nos primórdios o consentimento não era suficiente para a confirmação dos pactos. Era necessário seguir a formalidade ou ter a presença de símbolos. Entretanto, essa visão encontra-se ultrapassada, já que atualmente, apenas o consentimento das partes em alguns casos, desde que não impeditos pela legislação, já basta para a validade de um contrato.

Também tem-se como princípio fundamental clássico do Direito Contratual o denominado Princípio da Relatividade do Efeitos Contratuais, que apregoa que os contratos, enquanto negócios jurídicos, situados no âmbito dos direitos pessoais, somente trazem efeitos, em regra, para as partes que nele intervieram. Assim, como regra geral, os contratos não prejudicam nem beneficiam terceiros, salvo exceções (Tartuce, 2023).

Já para Gonçalves (2022), é imprescindível que tenha a presença do princípio da boa-fé, pois o que se espera das partes é que estejam agindo de acordo com os padrões éticos, com confiança e lealdade, em todos os momentos da celebração do contrato, bem como haja a presença do princípio da probidade, que nada mais é do que uma extensão do princípio supramencionado, na sua alegria objetiva, que é a necessidade de as partes estarem sendo honestas, cumprindo com todos os seus deveres da obrigação. Vale frisar que nem todos os princípios estão contidos no ordenamento jurídico, porém esses dois princípios estão previstos no art. 422 do C.C.

Após essa breve exposição de alguns princípios gerais, passamos a observar as peculiaridades dos mais importantes princípios desse estudo.

2.1 PACTA SUNT SERVANDA OU PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Segundo Gonçalves (2022), o princípio da obrigatoriedade dos contratos, também conhecido como *pacta sunt servanda*, é um princípio fundamental do Direito Contratual, que proporciona segurança jurídica para os contratantes. Assim, ninguém é obrigado a contratar. No entanto, uma vez que um contrato é celebrado, ele deve ser cumprido por ambas as partes, e suas disposições não podem ser alteradas

unilateralmente por nenhuma delas. Assim, os termos do contrato devem ser respeitados como se fossem uma lei, e não podem ser alterados pelo juiz ou por qualquer outra pessoa.

Segue a mesma linha de raciocínio Rizzato (2023), afirmando que ao ser celebrado pelas partes um contrato, o mesmo passa a ter força de lei e passa a ser coativo. Assim, após a manifestação de vontade de ambas as partes, tem-se o contrato, que precisa ser cumprido por todos os contratantes, da mesma forma que a lei deve ser seguida. Essa impossibilidade de retratação ocorre para garantir a segurança jurídica das relações e manter estável a ordem social. Além disso, o autor relata que essa obrigatoriedade não chega a afetar os terceiros, já que os mesmos não fizeram parte do negócio jurídico celebrado. Entretanto, por força desse princípio as obrigações advindas do contrato transmitem-se aos herdeiros e sucessores, salvo quando personalíssimas.

O princípio da força obrigatória tem por base o fundamento de que o contrato é lei para os pactuantes e, desde que cumpridos todos os requisitos necessários para sua validade, devem ser executados pelas partes independentemente da forma em que fora pactuado, claro que respeitando as regras do ordenamento. Esse princípio tem como base equilibrar as relações, impossibilitando a retratação do acordo de vontade até mesmo pelo juiz para modificar as cláusulas do contrato. Apenas seria possível a intervenção do magistrado caso fosse para alegar uma nulidade ou resolução do pacto (Gomes, 2022).

Porém, apesar de esse princípio (*pacta sunt servanda*) ser um dos pilares fundamentais do direito contratual, ele não é considerado um princípio absoluto. Assim, em situações em que um contrato se torna excessivamente oneroso ou difícil de ser cumprido devido a eventos imprevisíveis, que ocorrem após a sua celebração, a doutrina e a jurisprudência permitem que as condições do contrato sejam revistas por meio de uma intervenção judicial, substituindo a vontade de um dos contratantes, com vista a buscar o equilíbrio contratual entre as partes envolvidas (Venosa, 2023).

Para Tartuce (2023), o princípio da obrigatoriedade não é mais previsto como regra geral. Continua sendo considerado pelo ordenamento, mas não mais de forma absoluta. Alguns doutrinadores afirmam que este princípio teria caído por terra, entretanto, essa afirmação não pode ser levada em consideração, pois não teríamos mais segurança jurídica nas relações do direito privado. Alega ainda que, esse

princípio (*pacta sunt servanda*) passou a ter maior relevância após a pandemia da Covid-19, momento de crise vivenciada pelo mundo, inesperada, e que afetou de forma significativa alguns contratos, impossibilitando o seu cumprimento e promovendo a relativização desse princípio. Por fim, entende que de acordo com cada situação, deve-se buscar o equilíbrio, a razoabilidade, a fim de superar os tempos difíceis, como foi o caso da pandemia.

2.2 TEORIA DA IMPREVISÃO

O mecanismo que permite a revisão dos termos de um contrato quando acontecimentos novos e imprevisíveis ocorrem e não podem ser atribuídos a nenhuma das partes envolvidas, é chamado de Teoria da Imprevisão, que é considerada uma aplicação direta do princípio da boa-fé objetiva e exige que as partes envolvidas em um contrato ajam de forma honesta e justa umas com as outras (Gagliano; Pamplona Filho, 2022).

Segundo Pereira (2022), a Teoria da Imprevisão é uma importante ferramenta do Direito, que tem como objetivo proteger as partes de um contrato, caso ocorram eventos extraordinários e imprevisíveis que dificultem ou impossibilitem o cumprimento do que foi acordado. De acordo com o autor, a teoria parte do pressuposto de que as partes pactuam obrigações em cenários normais e previsíveis, portanto, não devem ser responsabilizadas por eventos futuros imprevisíveis, sendo possível, neste caso, recorrer a tal teoria para renegociar e reequilibrar a relação contratual. O autor ainda ressalta que a aplicação não é automática, dependendo da comprovação de fato extraordinário, que seja realmente imprevisível e altere significativamente as condições pré-estabelecidas, tornando o contrato excessivamente oneroso para uma das partes.

No entanto, de acordo com Venosa (2023), é importante ressaltar que a revisão dos termos do contrato é uma medida excepcional, que só pode ser aplicada em casos em que a imprevisibilidade é total e afeta a sociedade de forma significativa, como é o caso de guerras, revoluções ou golpes de estado. Nesse sentido, é importante destacar que questões meramente subjetivas não podem ser utilizadas como justificativa para a revisão dos contratos, o que torna a revisão um recurso bastante restrito no ordenamento jurídico.

Logo, para conseguir a revisão contratual, a parte prejudicada deve procurar o judiciário enquanto os efeitos do contrato ainda estão em vigor, não havendo cabimento da ação quando já estiver sendo promovida a execução das obrigações. Também, não há possibilidade de a parte, que se sentir prejudicada por si só, parar de realizar os pagamentos das prestações avençadas ou tentar negociar a resolução com a outra parte. Ainda é importante mencionar que as parcelas pagas antes do ingresso com a ação não serão passíveis de revisão, nem mesmo alegando a onerosidade excessiva. Entretanto, as parcelas pagas durante o curso do processo serão analisadas pelo Magistrado no momento da prolação da sentença (Pereira, 2022).

Já para Tartuce (2023), não há dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão nos contratos, desde que preenchidos alguns requisitos, conforme previsto no atual Código Civil.

Para Gomes (2022), a alteração no objeto do contrato deve ser tão significativa quantitativamente, que caso a parte chegasse a cumprir com aquele acordo iria se sacrificar economicamente. O autor entende que o cumprimento da obrigação estaria comprometido por haver uma onerosidade excessiva, o que acaba por dificultar o cumprimento do acordo. Assim, não há que se falar em impossibilidade do cumprimento da obrigação, pois aí estaríamos diante dos casos de força maior.

É importante frisar que o Código Civil de 1916 não mencionava a teoria da imprevisão e isso fazia com que os tribunais tivessem uma concepção restrita desse princípio, embora tivéssemos algumas decisões esporádicas que a aplicavam. Dessa maneira, antigamente os contratos não sofriam modificações por fatores que não decorressem da vontade dos contratantes, pois havia uma valorização exacerbada do princípio da obrigatoriedade. Somente com o Código Civil de 2002 (nos artigos 478 a 480) que ocorreu a materialização da teoria da imprevisão, possibilitando a revisão, bem como a resolução dos pactos por meio do poder judiciário (Lourenço, 2021).

Destaca-se, contudo, que o Código de Defesa do Consumidor, desde 1990, já trouxera em seu bojo um direito básico para o consumidor no sentido deste poder solicitar a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V do CDC). Embora vincule a possibilidade de

revisão à mera onerosidade, dispensando o elemento imprevisibilidade, tem-se aqui um exemplo de possibilidade de revisão dos contratos.

Diante de todo o exposto, passa-se à análise dos diferentes entendimentos quanto à possibilidade ou não da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos classificados como aleatórios.

3 A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ALEATÓRIOS

Pode-se afirmar que há uma grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade (ou não) de aplicação dessa teoria, com a consequente revisão dos termos pactuados, nos contratos aleatórios. Sobre isso, Gomes (2022) entende que a Teoria da Imprevisão não deve ser aplicada aos contratos aleatórios, pois estes são feitos justamente para assumir os riscos inerentes à atividade econômica. Segundo o autor, contrato aleatório é aquele em que a prestação de uma das partes depende de um evento futuro e incerto, que pode ou não ocorrer. Dessa forma, o risco de o evento não ocorrer já está previsto e assumido pelas partes quando celebram o contrato e, por isso, a Teoria da Imprevisão não deve ser aplicada. Gomes (2022), também defende que a Teoria da Imprevisão é aplicável somente aos contratos comutativos, ou seja, aqueles em que as partes conhecem as prestações que serão realizadas por cada uma delas. Em sua opinião, a Teoria da Imprevisão pressupõe um desequilíbrio imprevisível na relação contratual e somente pode ser invocada para corrigir tal desequilíbrio em contratos comutativos.

Nesse mesmo sentido, Marques (2016) defende a inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão aos contratos aleatórios. Segundo a autora, nos contratos aleatórios as partes assumem o risco de uma eventual mudança nas circunstâncias futuras que possam afetar o equilíbrio contratual. Além disso, a imprevisibilidade é um elemento intrínseco a esse tipo de contrato, uma vez que as partes estão cientes de que não é possível prever todas as contingências que podem ocorrer no futuro e, por isso, entende que a aplicação da Teoria da Imprevisão a esses contratos seria uma violação ao princípio da autonomia de vontade, pois as expectativas das partes seriam frustradas pela interferência judicial em um risco assumido consciente e voluntariamente.

Para Pereira (2022), também seria impossível a aplicação da Teoria da Imprevisão nos contratos aleatórios nas situações em que a onerosidade excessiva

sobrevier da álea normal e não daquela circunstância futura e imprevisível, já que é característica desse tipo de contrato a previsão de ocorrer uma perda ou um ganho por qualquer das partes, tendo em vista o risco que é assumido pelos contratantes.

Em contrapartida, Gonçalves (2022) defende que a Teoria da Imprevisão pode ser aplicada aos contratos aleatórios, desde que presentes os requisitos para sua configuração, como a superveniência de um acontecimento extraordinário e imprevisível que torne a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. O autor argumenta que, mesmo nos contratos aleatórios, há uma expectativa de equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, que pode ser afetada por eventos imprevisíveis e extraordinários, e que a aplicação da Teoria da Imprevisão pode ser necessária para manter essa expectativa de equilíbrio, desde que decorra de fatores estranhos ao risco próprio do contrato.

O conceito de contrato aleatório mudou ao longo do tempo e, em mais de uma ocasião, foi necessário preservar os direitos das partes na hipótese de álea anormal, incompatível com a "natureza ou estrutura do negócio". Em outras palavras, a imprevisibilidade em contratos aleatórios não deve ser considerada uma novidade, pois sempre houve casos em que a álea era incomum ou anormal e precisava ser levada em conta (Reale *apud* Borges, 2000).

No julgamento do REsp 945.166, a 4^a Turma do STJ firmou o entendimento de que não é possível invocar a Teoria da Imprevisão para discutir a resolução de contrato em razão de flutuação no preço de produto agrícola, insumos de produção, ou mesmo diante de ataque de pragas na lavoura (Brasil, 2022).

O ministro Luís Felipe Salomão, relator do caso, chegou à seguinte conclusão:²

Para ensejar a aplicação da teoria da imprevisão - a qual, de regra, possui o condão de extinguir ou reformular o contrato por onerosidade excessiva - é imprescindível a existência, ainda que implícita, da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida -, se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente (Brasil, 2022).

No julgamento do REsp 1.984.277 também proferido pela 4^a Turma, considerou cabível a revisão judicial de contrato de locação não residencial, com redução

² Para mais informações acesse: REsp 945.166 - GO, p. 15

proporcional do valor dos aluguéis em razão de fato superveniente decorrente da pandemia do Covid-19, muito embora não fosse um contrato aleatório (Brasil, 2022).

Assim na concepção do ministro Luís Felipe Salomão, ora consagrado como relator, afirmou que:³

Para a revisão do contrato com base nas teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva, previstas no CC, exige-se ainda que o fato (superveniente) seja imprevisível e extraordinário e que dele, além do desequilíbrio econômico e financeiro, decorra situação de vantagem extrema para uma das partes, relacionando-se tal requisito, segundo parte da doutrina, à vedação do enriquecimento ilícito (Brasil, 2012).

Destaca-se, por sua vez que, Fiúza (1999), mesmo antes do advento do Código Civil atual, já defendia que a não aplicação da teoria da imprevisão em contratos aleatórios poderia trazer injustiças, em determinadas circunstâncias. Assim, embora possamos reconhecer que a jurisprudência e, mesmo a doutrina, defenda de forma majoritária a não aplicação da revisão em contratos aleatórios, tem-se que o intérprete deve, no caso concreto verificar, quais foram os riscos assumidos pelas partes da contratação. Se a prestação se torna excessivamente onerosa em razão de fato superveniente extraordinário e imprevisível, totalmente estranho à álea contratual assumida pelas partes, não se pode proibir a aplicação da teoria.

Neste sentido, são os enunciados 366 e 440 da 4^a e 5^a Jornada de Direito Civil do CJF - Conselho de Justiça Federal, respectivamente, *in verbis*:

Enunciado 366 – Art. 478: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Enunciado 440 – Art. 478: É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relate com a álea assumida no contrato.

Assim, pôde-se perceber que o posicionamento não é unânime, nem doutrinária e, tampouco, jurisprudencialmente, pois existem decisões favoráveis e contrárias a essa aplicação em diferentes casos e instâncias judiciais.

³ Para mais informações acesse: REsp 1.984.277 - DF, p, 11

4 CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou uma análise do princípio do *pacta sunt servanda* (obrigatoriedade do cumprimento dos contratos), em que se entendeu que este princípio não é mais absoluto como o era antigamente, e que, de acordo com a evolução da sociedade, foi necessária a sua adaptação. Frente a isso, houve a taxatividade da Teoria da Imprevisão com o Código Civil de 2002, o que flexibilizou a obrigatoriedade do cumprimento dos contratos e passou a ser mais aceito pelos tribunais a ocorrência da onerosidade excessiva em algumas situações. Viu-se, ainda, que as peculiaridades dos contratos aleatórios também se transformaram ao longo do tempo, do Código Civil de 1916 até o de 2002.

Este artigo também fez uma breve reflexão sobre as discussões doutrinárias e jurisprudências acerca da aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos aleatórios. Percebeu-se que os debates não são unâimes e cada autor aplica um entendimento. Entretanto, em síntese, o instituto da Imprevisão, além de ser um instrumento que visa ao reequilíbrio contratual, é uma garantia legal de justiça e segurança para os contratantes, que torna o direito brasileiro enriquecido.

Da análise do presente trabalho, foi possível entender que desde que haja a ocorrência de um fato superveniente, imprevisível na época e extraordinário, além de ter tido a presença da dificuldade financeira para um e uma vantagem excessiva para o outro, será plenamente cabível a aplicação da Teoria da Imprevisão nos contratos aleatórios, mas é importante analisar cada caso em concreto, com suas peculiaridades.

Dessa forma, caso não aja a ocorrência de algum desses eventos supramencionados, não haveria a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão. Conforme visto, alguns doutrinadores defendem não ser possível aplicar a Teoria sob nenhuma hipótese, tendo em vista que, tendo assumido para si o tipo de contrato aleatório, deveria ter tido ciência de quais eram os riscos inerentes a esse tipo contratual anteriormente. Por sua vez, respeitadas opiniões em contrário, se o evento extraordinário e imprevisível não se relaciona com a álea (risco) assumido pelos contratantes não se justifica a não aplicação da teoria da imprevisão, sob pena de flagrante desrespeito à boa-fé objetiva contratual.

REFERÊNCIAS

BORGES, Nelson. A Teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. **Revista dos Tribunais**, vol. 782, p. 78 - 89, Dez., 2000. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 757 - 772 | Jun / 2011 DTR\2000\559.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 20. ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 945.166 - GO** (2007/0092286-4). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Julgado em 28-02-2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21399073/inteiro-teor-21399074>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.984.277 – DF** (2021/0316878-4). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Julgado em 16/08/2022. Disponível em:
<<https://www.stj.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2203834&tipo=0&nreg=202103168784&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20220909&formato=PDF&saIvar=false>>. Acesso em: 13 set. 2023.

FIUZA, César. Aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos aleatórios. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144. Brasília, out-dez/1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Contratos.** 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 380 p.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 533 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 3: contratos e atos unilaterais.** 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 784 p.

GUIMARÃES, Sara Crislaine Soares. **A mulher casada e o código Civil.** 2020. Disponível em: <<https://www.azevedosette.com.br/noticias/pt/a-mulher-e-o-codigo-civil/5661>>. Acesso em: 19 set 2023.

LOURENÇO, Giovana Farinelli. **A evolução histórica da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva.** 2021. Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-evolucao-historia-da-teoria-da-imprevisao-e-da-onerosidade-excessiva/1394242695>>. Acesso em: 13 set. 2023.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1536 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** contratos. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 542 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 1342 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 838 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 23. ed. Barueri: Atlas, 2023.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO NOS CASOS DE MASSACRES ESCOLARES

Matheus Alves Galdino

Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

RESUMO

O presente trabalho analisa a legislação e a doutrina em busca de fundamentos para uma abordagem mais eficaz quanto ao tema da responsabilidade civil das instituições de ensino nos casos de massacres escolares. Para tanto, a pesquisa desenvolvida é de cunho bibliográfico e busca nos julgados dos tribunais de justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro as principais teses utilizadas nos casos de Suzano e Realengo, referentes à responsabilização escolar e suas excludentes, assim como a abrangência do polo ativo para se pleitear uma possível reparação dos males configurados. O estudo apresenta sentenças definitivas, responsabilizando civilmente as escolas pelos danos sofridos por seus alunos e familiares, diante do descumprimento de seu dever legal de proteção e cuidado, que acaba por culminar no dever indenizatório dos educandários.

Palavras-Chaves: Responsabilidade civil; escolas; massacres escolares.

ABSTRACT

The present work analyzes legislation and doctrine in search of foundations for a more effective approach to the issue of civil liability of educational institutions in cases of school massacres. To do so, the research conducted is of a bibliographic nature and seeks in the judgments of the courts of justice of São Paulo and Rio de Janeiro the main theses used in the cases of Suzano and Realengo, regarding school accountability and its exclusions, as well as the scope of the active role in claiming possible compensation for the damages incurred. The study presents definitive judgments holding schools civilly responsible for the harms suffered by their students and families, due to the non-compliance with their legal duty of protection and care, which ultimately leads to the compensatory duty of educational institutions.

Keywords: Civil responsibility; schools; schools massacres.

INTRODUÇÃO

Os acontecimentos sociais são a principal fonte de estudo do jurista, que deve buscar em um dos ramos do direito a melhor tratativa para o tema. Nesse sentido, o direito civil busca regular as interações entre os indivíduos que compõem a sociedade, delimitando o modo como essas relações podem ocorrer, como no caso dos contratos, até determinando as consequências jurídicas advindas de seu descumprimento ou,

de modo direto, o efeito que suportará aquele que deve garantir a integridade de outrem e não o faz.

A responsabilidade civil que decorre do descumprimento de uma obrigação legal ou contratual é amplamente discutida, e já passou por diversas mudanças quanto à sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo tratada de uma determinada forma no Código Civil de 1916, que não mais se observou com o advento da Lei 10.406, de 2002, que instituiu o Código vigente, que, mesmo com seus hordíenos 20 anos também tem a difícil tarefa de acompanhar o enorme dinamismo das relações e acontecimentos sociais. Nesse sentido, os recentes incidentes, que são popularmente classificados como massacres escolares, tornaram-se foco de extremo debate, já que os números são alarmantes, tanto de seu aumento em ocorrência, como nas lesões, traumas psicológicos e mortes, estando as instituições de ensino na parte central dessa questão.

A principal vertente de pesquisa a ser tratada é investigar qual é, de fato, a responsabilidade jurídica das instituições de ensino nesses casos, analisando até que ponto chega seu dever de proteção para com aqueles que se encontram sob sua dependência, além de verificar a possível existência de algum fator que possibilite a instituição e seus entes reguladores de se eximirem da responsabilidade que resulta dos massacres.

Para atingir os objetivos pretendidos, a presente pesquisa é de cunho bibliográfico. Investigará e analisará os resultados decorrentes de atentados anteriores, por meio do estudo de julgamentos relativos aos casos de maior repercussão nacional, observando os maiores fundamentos jurídicos utilizados para se chegar às sentenças definitivas, assim como os principais doutrinadores referenciados e sua abordagem quanto à responsabilidade civil aplicável nesses casos.

O cenário social atual é de medo. O receio que as famílias sentem de deixarem as crianças em um ambiente que deveria simbolizar acolhimento e paz escancara a extrema relevância da presente pesquisa e a escassez de abordagem e entendimento sobre o tema contribui para a continuidade do problema. Por isso, mostra-se necessário o estudo da responsabilidade civil, voltada especificamente para as instituições de ensino, no âmbito dos massacres que estão ocorrendo em seu interior.

1 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Estudar a responsabilidade civil é analisar a evolução histórica dos métodos de resolução de conflitos sociais. A partir do momento em que um indivíduo se sente lesado pela ação ou omissão de outro, inicia-se uma busca por satisfação, que, nas sociedades antigas, na maioria das vezes, se configurava como uma vingança pessoal, em que o indivíduo lesado causava um dano, seja físico, econômico ou até mesmo sentimental ao seu agressor, de modo que a vítima inicial se sentisse compensada com o seu próprio dano. Com o passar do tempo e evolução do controle social por meio das primeiras regras e leis de convivência, os Estados passaram a assumir as rédeas das resoluções de conflitos sociais, primando por meios menos danosos de reparação, em que a vítima do dano era indenizada monetariamente pelo dano que sofreu, pondo fim à vingança privada e iniciando o modelo que perdura até os dias atuais e que veio a ser classificado como responsabilidade civil (Gonçalves, 2023).

Segundo Cavalieri (2003), conceituar a responsabilidade civil é fazer uma análise dos deveres sociais, com o desrespeito para com um dever jurídico originário, definido como uma obrigação, seja ela decorrente da lei ou da vontade de dois ou mais indivíduos, surgindo um dever jurídico secundário, sucessivo, que seria a responsabilidade de reparar o dano decorrente da violação a esse direito preexistente. No mesmo sentido, Venosa (2023) explica que toda ação ou omissão, seja ela de fazer, não fazer ou de dar, proveniente de pessoa natural ou jurídica, pode levar a um dever reparatório ou compensatório, desde que seja observado um prejuízo de ordem material ou moral, que cause um desequilíbrio, configurando, assim, a responsabilidade civil.

Conforme explica Cavalieri (2003), em uma de suas primeiras obras a analisar as implicações e mudanças trazidas pelo código civil de 2002, a responsabilidade civil objetiva tomou um grande espaço de importância que antes pertencia, praticamente, em sua totalidade, à responsabilidade subjetiva. Conforme explanou, o código anterior, de 1916, trazia, em seu artigo 159, a responsabilidade civil com culpa provada como sendo a regra do direito brasileiro, o que muitas vezes dificultava ou até impossibilitava uma devida reparação do dano, já que, em certos casos, o lesado não possuía os meios para comprovar a culpa do então causador do dano. Dessa forma, o atual código, influenciado pelas mudanças que já eram observadas no decorrer do

século XX, como a previsão no artigo 37, parágrafo 6, da Constituição Federal, da responsabilidade objetiva estendida aos prestadores de serviços públicos, assim como a obrigação objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, prevista no código de defesa do consumidor, acabou por estabilizar esse viés no ordenamento nacional.

Não obstante, a teoria geral adotada pelo atual Código Civil brasileiro, e que serve de base para muitas relações sociais, é a da responsabilidade aquiliana, prevista nos artigos 186, 187 e 188 do referido código, em que, para que haja a configuração da responsabilidade civil, é necessária a existência de quatro elementos essenciais, quais sejam, a conduta humana, que seria a ação ou omissão de um indivíduo ou da pessoa jurídica que ele representa, a culpa ou o dolo que seria a negligência, imprudência ou imperícia, ou ainda a vontade em relação a conduta, o nexo de causalidade e o dano sofrido por outrem, que pode ser um prejuízo patrimonial ou um abalo na psique, formando, assim, a responsabilidade extracontratual do direito brasileiro (Gonçalves, 2023).

Dentre os quatro elementos configuradores da responsabilidade civil, o nexo de causalidade, elemento imaterial que faz a ponte entre a conduta humana e o dano sofrido por outrem, é aquele que necessita de uma maior atenção, ante sua natureza abstrata, que, muitas vezes, dificulta a sua visualização e comprovação no caso concreto, e que, por conseguinte, acarreta diversas problemáticas na análise da responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva (Tartuce, 2023).

Dessa forma, no entendimento de Diniz (2023), o nexo seria elemento indispensável a ser verificado, de modo que a conduta comissiva ou omissiva se configure como verdadeira condição para a ocorrência do dano sofrido por outrem, em que, mesmo não tendo sido sua causa imediata ou isolada, a ação ou omissão se manifestou de forma a contribuir para o resultado que gerou prejuízo, de ordem material ou moral a alguém, e por isso enseja o dever reparatório de seu responsável causador.

Esclarecida de forma sucinta essa parte inicial, porém indispensável sobre a configuração da responsabilidade civil, fica claro que, para a análise dos casos que serão expostos, deve ser observado se da conduta comissiva ou omissiva que resultou no dano, pode ser verificado o nexo que impute à instituição de ensino a responsabilização diante de descumprimento de um dever preexistente.

Desse modo, passa-se à análise dos deveres que as instituições de ensino possuem para com os seus dependentes e quais são os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais que servem de base para tais obrigações.

2 A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E OS MASSACRES ESCOLARES

As crianças são indivíduos que ainda estão passando pela formação de sua plena capacidade física e mental, e, por isso, necessitam de uma maior proteção social. Dessa forma, por meio da Convenção sobre os direitos da criança de 1989, adotado pela ONU, ficou estabelecido, em seu artigo 19, que os Estados partes deveriam promover todos os mecanismos legislativos, sociais administrativos e educacionais para garantir a total proteção da criança contra a violência física ou mental, sendo dever de qualquer um que esteja responsável pelo menor, garantir sua segurança (Brasil, 1990).

Conforme expõe Dalbosco (2021), a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 227, prevê como dever do Estado e de toda a coletividade, primar pelo pleno desenvolvimento físico e mental das crianças e adolescentes, garantindo-lhes, dentre outros direitos, a vida, liberdade e o respeito, além de, conforme o artigo 5 da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD), protegê-los contra qualquer tipo de violência e discriminação. Nesse sentido, explica Ferreira (2019), que devido à qualidade dos alunos, sendo crianças e adolescentes, sem ter ainda o pleno entendimento de seus próprios atos e de terceiros, devem as escolas públicas e privadas garantirem um ambiente livre de riscos, promovendo a capacitação adequada de seu pessoal, tanto para lidar com situações preventivas, como repressivas de violência entre os alunos e contra eles, assim como o investimento adequado em infraestrutura e equipamentos de segurança, para atender as mais diversas necessidades que podem ocorrer em seu meio, que podem ir desde de simples acidentes, até os ataques armados, que vêm crescendo no interior dos centros de educação.

As instituições de ensino privadas são prestadoras de serviços e, como tal, vinculam-se ao código de defesa do consumidor, às regulamentações contratuais do Código Civil e de Processo Civil, à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ao ECRIAD e à própria Constituição Federal de 1988, já que a educação é serviço público indispensável, previsto em diversos de seus artigos, assim como a forma de

sua prestação (Dalbosco, 2021). Desse modo, conforme Nicolau e Nicolau Jr (2006), o estabelecimento privado de ensino possui responsabilidade direta objetiva, com fundamento no artigo 14 do CDC, devendo o serviço ser prestado de forma segura para os alunos, consumidores nessa relação existente, já que, quando pessoa física ou jurídica se dispõe a oferecer um serviço no meio comercial, deve-se atender não somente aos requisitos de qualidade, mas também aos necessários quesitos de segurança, para que o serviço não exponha seus consumidores a perigos. Do contrário, na ocorrência de dano, estando os alunos nas dependências da instituição ou sob sua guarda e vigilância, a responsabilidade independe da comprovação de culpa do estabelecimento, sendo preciso apenas a comprovação do dano e do nexo causal com a atividade prestada.

Quanto à responsabilidade estatal, na figura das escolas públicas, segundo Rodrigues e Barros (2015), ante o ônus incumbido ao Estado de promover a prestação do serviço público de educação para a coletividade, possível é a sua responsabilidade por não a proporcionar de forma adequadamente segura aos seus beneficiários, já que não é razoável aceitar que um indivíduo seja prejudicado em razão de uma obrigação estatal que deve apenas levar benesses para a sociedade. Da mesma forma, corroborando com esse entendimento, explica Diniz (2023), que, pelos princípios da legalidade e da equidade ou igualdade, a responsabilidade civil atribuída ao Estado decorre da necessidade de se reparar um dano anormal, que não se espera advir da atividade prestada por esse ente. Desse modo, não poderia, então, onerar-se em excesso somente alguns particulares, que seriam aqueles ao qual o dano atingiu, fundamentando a indenização que se afigura como uma reparação ou compensação, por meio do uso de recursos públicos, na obrigação estatal de se buscar o reequilíbrio de divisão de encargos entre os cidadãos, pelas atividades com destinação coletiva.

Segundo Tartuce (2023), foi adotado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do risco administrativo, preceituado no artigo 37, parágrafo 6 da Constituição Federal, que assegura o reconhecimento sem que se tenha de comprovar dolo ou culpa do Estado, de sua responsabilidade perante os danos sofridos pelos particulares, em decorrência de ato ou omissão praticado pela administração ou por um de seus agentes. Nesse sentido, explica brilhantemente Cavalieri (1999), que como o Estado, aquele que possui a obrigação constitucional de garantir a prestação do serviço a educação de qualidade, possui responsabilidade objetiva quanto aos

danos que aqueles que estiverem usufruindo desse serviço sofrem, as pessoas jurídicas de direito privado que prestam esses serviços públicos também possuem. Dessa forma, as escolas privadas, que oferecem o múnus público de educação, compartilham também dos ônus e riscos inerentes a essa atividade, respondendo objetivamente pelos danos sofridos por seus usuários, ocorridos em seus interiores.

Conforme Ferreira (2019), a educação é um direito inerente a todas as pessoas, de modo que somente com sua devida promoção, os indivíduos podem atingir o pleno desenvolvimento de todas as suas capacidades. Nesse sentido, o Estado e as instituições particulares devem promovê-la de modo seguro e eficaz, tendo a responsabilidade de proteção para com os educandos. Contudo, como afirma Dalbosco (2021), as escolas são ambientes que promovem a socialização dos indivíduos, e como todo espaço social, está pré-disposta a conflitos e problemas, que vão desde pequenas piadas e gestos ofensivos trocados entre os alunos, conhecidos como intimidação sistemática (bullying), até casos extremos que envolvem tiroteios e massacres em escolas, que vem crescendo em ritmo acelerado e manifestando-se como um verdadeiro, e terrível, desafio a ser enfrentado.

Esse claro viés objetivo que pode ser observado quanto à responsabilidade das instituições de ensino pelos danos sofridos por seus alunos guarda intrínseca relação com a pesquisa feita por Schaefer (2023), que, mesmo ao analisar ocorrências principalmente ligadas à pandemia, constatou de forma geral que, desde os 20 anos de início de vigência do atual código civil, a responsabilidade civil assumiu uma função que vai além da compensatória ou reparatória, como era vista no código de 1916, tornando-se verdadeiro mecanismo que visa coibir a prática de condutas lesivas. A responsabilização diante da falta de contenção adequada, fica mais evidente quando se analisa a proteção de direitos da personalidade ou os que atingem uma coletividade, como nos casos dos atentados em escolas, que agredem fundamentalmente os direitos à vida e à dignidade de diversas crianças e adolescentes. Essas lesões aos direitos de elevado grau de importância foram classificados pela autora como os novos danos sociais, e que devido a sua grande importância acabaram por expandir o limiar da responsabilidade objetiva e flexibilizar o nexo causal.

Diante da exposição obrigacional das instituições de ensino, fica demonstrado que, por meio de todos os instrumentos jurídicos de proteção à criança, as escolas

públicas, por meio da convenção sobre os direitos da criança (Brasil, 1990), por meio da constituição federal, e vários outros mecanismos legais, assim como as escolas particulares, que se submetem ao código de defesa do consumidor e ao código civil, possuem o dever de zelar pela segurança de seus alunos, e em caso de violação dessa obrigação, cabe à instituição reparar o dano verificado. Contudo, os massacres escolares não possuem legislação específica, como, por exemplo, nos atos de intimidação sistemática, que se dispõe da Lei n 13.185 de 2015. Dessa forma, faz-se necessário pontuar as ocorrências dos atentados em escolas, para, então, observar suas particularidades e determinar qual a real responsabilidade institucional.

2.1 RELATOS DE MASSACRES ESCOLARES NO BRASIL E NO MUNDO

Massacre é um termo que descreve a conduta de assassinar várias pessoas em um curto intervalo de tempo. Quando observado em ambientes específicos, podem ser verificadas certas particularidades, como o uso de armas de fogo ou mesmo armas brancas. Os atentados em escolas podem ser classificados como massacres, já que em suma, tratam-se de tiroteios ou golpes de armas brancas realizados por indivíduos, muitas das vezes ex-alunos da instituição atacada, que causam a morte de professores e alunos (Cunha, 2022).

Nos Estados Unidos, episódios de tiroteios em escolas ocorrem há muito tempo, como o caso mais famoso e responsável por trazer notoriedade de nível mundial, sendo o massacre de Columbine de 1999, onde dois jovens, Erick Harris, de 18 anos, e Dylan Klebold, de 17 anos, munidos de armas de fogo, facas e bombas, mataram 12 alunos e 1 professor, cometendo suicídio logo em seguida. No ano de 2007, o aluno, Seung-Hui Cho, de 23 anos da universidade norte-americana Virginia Tech foi responsável por assassinar 32 pessoas e se matar logo em seguida. Em 2012 Adam Lanza, de 20 anos, matou 26 pessoas e se matou no atentado a escola primária de Sandy Hook (Cardozo; Silva, 2019). Segundo Vieira; Mendes e Guimarães (2009), esse tipo de tragédia foi, por muito tempo, ligada à sociedade norte-americana, contudo, desde 2007 vem sendo observados casos de tiroteios e atentados em escolas na Suécia, Canadá e Alemanha, dentre outros países, revelando que se trata de uma questão de interesse global.

No Brasil, essas tragédias são menos frequentes, porém há casos que se destacam, como o ocorrido no bairro de Realengo, na escola municipal Tasso da

Silveira, na cidade do Rio de Janeiro, em 2011, onde o ex-aluno Wellington Menezes de Oliveira, de 23 anos, matou 12 alunos e feriu outros 22 com o uso de revólveres, tirando a própria vida antes de ser detido. Em 2019, dois ex-alunos, Guilherme Taucci Monteiro, de 17 anos e Luiz Henrique de Castro, de 25 anos, da Escola Estadual Professor Raul Brasil, em Suzano mataram 5 alunos e 2 funcionárias, cometendo suicídio em seguida (Dalbosco, 2021). Ademais, em um curto intervalo de tempo, compreendido entre setembro de 2022 a abril de 2023, foram registrados 5 atentados fatais no Brasil.

Em 26 de setembro de 2022, um adolescente de 15 anos invadiu a instituição escolar cívico-militar que frequentava, na cidade de Barreiras - BH, e tirou a vida de uma jovem, utilizando um revólver que pegou do pai. No dia 5 de outubro de 2022 um jovem de 15 anos atirou contra 3 adolescentes de uma escola pública de Sobral (CE), tendo uma das vítimas falecido (Veloso; Pimentel, 2023).

Em 25 de novembro de 2022, um adolescente invadiu a Escola Estadual de Ensino Fundamental e Médio Primo Bitti e a escola particular Centro Educacional Praia de Coqueiral na cidade de Aracruz (ES), munido de uma pistola, e assassinou 2 professoras e 1 aluna, tendo sido detido pelas equipes de segurança (Veloso; Pimentel, 2023).

Em 27 de março de 2023, na cidade de São Paulo (SP), um adolescente de 13 anos, munido de uma faca, golpeou 4 professores e 2 alunos da Escola Estadual Thomazia Montoro, causando a morte de uma professora. Em 5 de abril de 2023, um homem de 25 anos entrou na creche Bom Pastor, na cidade de Blumenau (SC) e causou a morte de 4 crianças (Veloso; Pimentel, 2023).

Abordar o tema em questão é analisar e estudar as diversas ocorrências desses massacres e buscar as suas implicações e consequências no âmbito jurídico, por meio do exame de casos anteriores e o que prevê a legislação e a boa doutrina diante da responsabilidade civil das instituições de ensino envolvidas e seus entes regulamentadores (Ferreira, 2019).

Desse modo, ante a crescente dos atentados em escolas observados em período inferior a um ano no Brasil, e o alarde social que a falta de informação e orientação gera aos pais e as próprias instituições de ensino, a análise e exposição que serão feitas, a seguir, dos principais julgados referentes ao tema, é necessária para oferecer informações preliminares quanto ao problema.

3 OS JULGAMENTOS EM TRIBUNAIS BRASILEIROS

Primeiramente, cumpre destacar que a pesquisa jurisprudencial realizada, deu-se no sítio dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro, delimitada no período compreendido entre 8 de abril de 2011 a 3 de maio de 2023, com a finalidade de buscar decisões referentes aos casos dos massacres de Suzano e Realengo. Posteriormente, apresentar-se-ão uma análise e a delimitação dos acórdãos que sintetizam as principais questões que serão abordadas sobre a responsabilidade civil das instituições de ensino nos casos de massacres em seu interior.

Conforme Cavalieri (2003), a responsabilidade estatal é fundada, atualmente, na teoria do risco administrativo, em que o Estado deve desenvolver as atividades de interesse social, sempre primando pela segurança e incolumidade física e psíquica da população. Dessa forma, quando o particular sofre com dano advindo dessa atividade, mesmo que sem culpa do agente público, deve ele ser resarcido pelos prejuízos sofridos, sendo apenas necessário a demonstração do nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano do administrado.

Tal teoria é extraída do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Brasil, 1988):

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços público responderão por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (Brasil, 1988).

O Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP (2020), julgou, por meio da Apelação Civil n 1006621-36.2020.8.26.0053, recurso da Fazenda do Estado de São Paulo, sobre caso referente ao “Massacre de Suzano”, tendo sido adotado como principal base de fundamentação para análise da lide, a teoria e artigo citados acima, tendo o tribunal concluído pela existência da responsabilidade civil do Estado de São Paulo, ante a verificação da conduta omissiva do estado, o dano sofrido por terceiros e o nexo de causalidade. De igual modo, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), em sessão de julgamento realizada em 2017, na Apelação Civil n 0051957-81.2013.8.19.0001 e na sessão de julgamento em 2019, na Apelação Civil n 0332059-38.2015.8.19.0001, que julgavam casos referentes ao “Massacre de Realengo”, em que se concluiu pela responsabilidade estatal, ante sua omissão ter proporcionado a ocorrência do ato ilícito e, consequentemente o dano, sendo inequívoco o dever do

município de primar pela saúde e vida de quem se utiliza dos serviços públicos, ainda mais de grupos vulneráveis como as crianças e os jovens.

Salientou, ainda, o TJRJ (2017) que a falta de segurança nas instituições de ensino é de conhecimento geral, principalmente nas redes públicas de ensino, sendo que as crianças e adolescentes, ante a vulnerabilidade inerente a eles, possuem especial proteção em diversos instrumentos, como o artigo 4 da Lei n 8.069/90 (ECRIAD) e até mesmo a Convenção sobre Direitos da Criança, realizada pela ONU, em 1989 (Brasil, 1990), tendo sido trazida ao direito brasileiro pelo decreto n 99.710/90. No entanto, o município ainda foi omisso em trazer essa efetiva proteção e, por isso, responde pelo dano ocorrido em seu interior.

Importante reforçar, que a responsabilização recai sobre o ente regulador da instituição de ensino, em sendo assim, o Estado do Rio de Janeiro não foi responsabilizado pelo ocorrido, já que impossível configurar o nexo entre o fato e o dano, mesmo diante do dever de manter a segurança pública. O que não se aplica ao município, já que se trata de escola municipal e o referido ente não comprovou causa que impedisse sua atuação protetiva (TJRJ,2019).

Nesse sentido, explica Hely Lopes Meirelles:

Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal". (Meirelles, 2016, p 785/786).

Por meio disso, possível é correlacionar o presente tema com a responsabilidade estatal quanto aos detentos, analisando a ementa do Recurso Extraordinário n 841.526, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 03 de março de 2016:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do

detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepiro do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. *In casu*, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (Brasil, STF, 2016, p1/2).

O TJSP (2020), quanto às excludentes de responsabilidade civil, analisou o argumento da Fazenda do Estado de São Paulo, que tentou se eximir da responsabilidade indenizatória, alegando caso fortuito/força maior e culpa exclusiva de terceiro, para com uma aluna que precisou se trancar em uma sala de aula, para não ser vítima fatal dos agressores no “Massacre de Suzano”. Conforme Venosa (2023), o caso fortuito/força maior seriam acontecimentos naturais ou decorrentes da vontade humana, que se manifestariam de forma imprevisível e irresistível, não advindo da vontade do devedor ou interessado e, nas palavras do próprio autor

Se há culpa de alguém pelo evento, não ocorre o seccionamento ou rompimento do nexo causal. Desse modo, desaparecido o nexo causal, não há responsabilidade. A ideia é válida tanto na responsabilidade contratual como na aquiliana. Centra-se no fato de que o prejuízo não é causado pelo fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam a seu poder. (Venosa, 2023, p 404).

No mesmo sentido, o fato de terceiro se afigura quando o evento danoso decorre de outro indivíduo, estranho à relação inicial e, em sendo comprovado que a causa do prejuízo adveio exclusivamente do terceiro, rompe-se o nexo de responsabilidade com o agente analisado. Em contrapartida, tendo o agente contribuído para o evento danoso, não há rompimento de nexo e a responsabilidade recairá sobre ele (Venosa, 2023).

Desse modo, o TJSP (2020) entendeu que não prospera o fundamento de fato de terceiro alegado pelo Estado de São Paulo para eximir-se da responsabilidade, já que o dever estatal de garantir a integridade física e psíquica dos alunos é indubidoso, ante ao fato de se tratar de escola pública, subsistindo, dessa forma, o dever indenizatório estatal. De igual modo, entendeu o TJRJ (2017) e (2019), que julgava casos referentes ao “Massacre de Realengo”, que o fato de terceiro estaria afastado, diante da inexistência de fator que impossibilitasse a atuação protetiva do município, em que, devido à omissão para com o seu dever de guarda e vigilância de seus alunos, contribuiu para o resultado danoso verificado, já que a ação criminosa foi facilitada pela falta de elementos adequados de segurança, como câmeras de vigilância, seguranças nos portões, revistas na entrada, dentre outros fatores.

Além disso, outra questão muito importante a ser analisada é o efeito que o dano sofrido pela vítima direta de uma ação ou omissão causa nas pessoas próximas a ela, sejam familiares ou amigos, e a consequência no mundo jurídico para o causador desse dano. O lesado indireto é a figura daquele que experimenta um dano patrimonial ou moral devido ao vínculo que possui com o lesado direto pelo dano, configurando o chamado dano reflexo ou em ricochete (Diniz, 2023).

Nesse sentido, decidiu o TJRJ (2018), na Apelação Civil/Remessa Necessária nº 0218952-21.2012.8.19.0001 pela manutenção da condenação do município ao pagamento indenizatório para as irmãs de vítima do “Massacre de Realengo”, que ficou paraplégica devido ao ataque, tendo ainda sido majorado o quantum indenizatório que foi considerado abaixo do adequado. Afirmou o relator que era claro o dano sofrido pelas irmãs da vítima, já que as mesmas participaram do socorro da irmã e residiam na mesma casa, tendo o laudo da perícia exposto os traumas consequentes e decorrentes da falha do município do Rio de Janeiro em garantir a segurança dos alunos na escola municipal que foi atacada.

No mesmo sentido, decidiu o TJSP (2020), na Apelação/Remessa Necessária nº 1007357-78.2019.8.26.0606, pela manutenção da condenação do estado de São Paulo, em indenizar a genitora de vítima que presenciou o “Massacre de Suzano”, não acolhendo a alegação do Estado de que o valor pago ao filho, vítima direta do ocorrido, afastaria a pretensão da genitora.

As decisões acima expostas estão em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), exarada em 2019, referente ao tema

“responsabilidade civil - dano moral”, pacificando a controvérsia existente sobre o assunto e apresentando-a na ferramenta Jurisprudências em tese, edição 125, afirmação 4, qual seja:

4) A legitimidade para pleitear a reparação por danos morais é, em regra, do próprio ofendido, no entanto, em certas situações, são colegitimadas também aquelas pessoas que, sendo muito próximas afetivamente à vítima, são atingidas indiretamente pelo evento danoso, reconhecendo-se, em tais casos, o chamado dano moral reflexo ou em rochete (Brasil, STJ, 2019).

Contudo, o TJRJ (2014), na Apelação Civil nº 0153018-19.2012.8.19.0001 julgou improcedente o pleito de vários indivíduos que se diziam parte do núcleo familiar de vítima que faleceu no “Massacre de Realengo”. A decisão eximiu a responsabilidade indenizatória escolar por considerar que os pleiteantes não integravam o núcleo familiar da vítima, sendo que um deles era irmão do falecido, mas como não convivia com o mesmo, foram considerados ausentes os laços afetivos necessários para gerarem o direito indenizatório, julgado que está em consonância com o atual entendimento do STJ acima exposto.

Por fim, resta esclarecer que, em se tratando de vítimas fatais decorrentes dos massacres, como o ocorrido em Realengo, a prefeitura do Rio do Janeiro realizou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a defensoria pública, que representava os parentes das crianças assassinadas, concedendo o valor indenizatório acordado (Conjur, 2011). Quanto ao atentado ocorrido em Suzano, foi reconhecida a responsabilidade estatal pelo próprio governador do estado de São Paulo, que autorizou a indenização para os familiares das vítimas do ocorrido, por meio do decreto nº 64.145/2019, facilitando o reconhecimento da responsabilidade civil da escola em garantir a segurança dos alunos e a de indenizar os danos decorrentes de sua omissão (Estado de São Paulo, 2019).

Desse modo, a bússola jurisdicional tende a levar conclusivamente para a responsabilização das instituições de ensino nos casos analisados, em que a responsabilidade civil vinculada ao ambiente escolar, por determinação legal e das decisões judiciais levam ao dever indenizatório diante de ações ou omissões da instituição que revelem a falta de observância com o dever de cuidado necessário para com os alunos (Nicolau; Nicolau Jr, 2006). Assim sendo, a atuação das escolas, sejam particulares ou públicas, por meio da administração, devem garantir um

ambiente seguro aos estudantes e meios eficazes de impedir e combater a ocorrência de outros casos de massacres escolares (Ferreira, 2019).

4 CONCLUSÃO

Considerando todo o exposto, fica evidente a importância do tema trabalhado, que revela como um aspecto essencial, como a segurança dos indivíduos, que é considerado como o básico a se esperar de um estado democrático de direito, pode ser abalado, até mesmo nas esferas mais improváveis, como nas escolas, onde deveria ser observado apenas o acolhimento, diálogo e o desenvolvimento social, emocional e intelectual das crianças e adolescentes.

Mais do que um abalo, os ataques às instituições de ensino, que ficaram conhecidos como “massacres escolares”, atingiram o patamar de terror nacional, com o seu aumento em ocorrência no final do ano de 2022 e início de 2023, expondo como as instituições, sejam públicas ou privadas de ensino, não possuem os mecanismos necessários para coibir esses ataques e, então, garantir a devida proteção aos seus estudantes.

Como tratado no decorrer deste trabalho, a Constituição Federal adotou a teoria do risco administrativo para analisar a responsabilidade de seus entes, portanto as escolas públicas, ao não impedirem que o aluno sofra os danos decorrentes dos atentados, falham com seu dever de segurança e cuidado, e, por isso, respondem objetivamente pelos danos configurados. O mesmo pode ser dito quanto às escolas privadas, que se submetem ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil, podendo ainda serem equiparadas ao ente público, quanto às suas responsabilidades de proteção, por promover o múnus/ônus público da educação.

Desse modo, os julgamentos colacionados demonstram que os Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo, ao julgarem diversos casos envolvendo os massacres de Suzano e de Realengo, adotaram teses voltadas para a responsabilização das instituições de ensino e seus entes reguladores, diante da impossibilidade de demonstração de rompimento do nexo de causalidade entre a obrigação escolar de proteção e segurança de seus alunos e os danos aferidos por estes. Além disso, os tribunais também analisaram a responsabilidade reparatória devida aos familiares das vítimas diretas dos ataques, e pode-se observar que, mesmo nos casos em que não houve vítima fatal, as instituições foram obrigadas a

indenizar os parentes mais próximos das vítimas, que demonstraram terem sido profundamente abalados emocionalmente pelo ocorrido.

Dessa forma, o objetivo principal deste trabalho, que foi a busca da real responsabilidade das instituições de ensino nos casos de massacres escolares, foi alcançado e com ele ficou nítido que as escolas devem buscar meios eficazes de garantir a segurança física e mental de seus estudantes, já que, do contrário, os danos advindos de pequenas ofensas entre os alunos até os decorrentes dos atentados aramados em seus interiores podem culminar no dever indenizatório das instituições e seus entes reguladores.

REFERÊNCIAS

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2023.

_____. **Decreto n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 26 ago. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 20. abr. 2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Tese jurisprudencial, edição 125, nº 4. Responsabilidade civil – Dano Moral**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?livre=%27125%27.tit>. Acesso em: 14 mai. 2023.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Plenário.). **Recurso Extraordinário 841.526 Rio Grande do Sul**. Relator: Luiz Fux, 30 mar. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 07 mar. 2023.

CARDOZO, Bruna; SOUZA, Diego. **School Shooting**: violência escolar e variáveis que se relacionam. In: Congresso Interdisciplinar de Pesquisa, Iniciação Científica e Extensão do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, 2019. Disponível em: <http://izabelahendrix.edu.br/pesquisa/anais/arquivos2019/ciencias-humanas/school-shooting-violencia-escolar-e-variaveis-que-se-relacionam.pdf/view>. Acesso em: 02 maio 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil constitucional. **Revista Forense**, v. 95, n.348, p. 197-203, out./dez., 1999.

_____. Responsabilidade civil no novo código civil. **Revista da Emerj**, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_31.pdf. Acesso em: 07 out. 2023.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

CONJUR. Chacina em realengo: famílias de crianças assassinadas recebem indenização. **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2011-nov-02/familias-criancas-assassinadas-realengo-recebem-indenizacao>. Acesso em: 14 maio 2023.

CUNHA, Mariana Olivério da. **Estatuto do Desarmamento e o projeto de Lei nº 3723 de 2019**: um estudo da contemporaneidade do porte de arma no Brasil e os massacres em escolas nacionais. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, p. 56. 2022. Disponível em: <https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/f21042b5-2b78-4f4a-85a4-521c9453cf42/content>. Acesso em: 18 de ago. de 2023.

DALBOSCO, Letícia, T. **Responsabilidade civil das instituições de ensino nas ocorrências de bullying**. Monografia (Mestrado em Direito) - Universidade de Passo Fundo. Rio Grande do Sul, p. 96. 2021. Disponível em:
https://www.upf.br/_uploads/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20LETICIA%20DALBOSCO%20TELLES_299062.pdf. Acesso em: 03 maio 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v.7. São Paulo: Saraiva, 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto nº 64.145, de 14 de março de 2019**. São Paulo (Estado). Autoriza o pagamento de indenização às vítimas da tragédia ocorrida em 13 de março do corrente na Escola Estadual Professor Raul Brasil, no Município de Suzano, Estado de São Paulo, institui Comissão Executiva e dá providências correlatas. Disponível em:
<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64145-14.03.2019.html#:~:text=Autoriza%20o%20pagamento%20de%20indeniza%C3%A7%C3%A3o,Executiva%20e%20d%C3%A1%20provid%C3%A3ncias%20correlatas>. Acesso em: 14 maio. 2023.

FERREIRA, Leandro M. **Segurança Nas Escolas**: por que ainda sofremos com tantas tragédias no ambiente escolar? Jus.com.br, 2019. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/75872/seguranca-nas-escolas>. Acesso em: 02 mai. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 42. ed. 2016. pp.783 e 785/786.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro; NICOLAU, Célia Cristina. Responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino – a eticidade constitucional. **Revista da Emerj**, v. 9, n. 36, p. 93-134, 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/57834>. Acesso em: 02 maio 2023.

RODRIGUES, Lucas M. C; BARROS, Bruno M. C. A Responsabilidade civil das escolas públicas em casos de bullying: um olhar sob a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Semantic scholar**, 2015. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/A-RESPONSABILIDADE-CIVIL-DAS-ESCOLAS-P%C3%9ABCICAS-EM-DE-Rodrigues-Barros/cdbd540296939d04deaf51c0391037daac78809e#related-papers>. Acesso em: 02 maio 2023.

SCHAEFER, Fernanda. Os 20 anos do Código Civil e os novos danos: os desafios trazidos pela pandemia. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 22-38, maio/ago. 2023. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/246/213>. Acesso em: 07 out. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO - TJRJ. (19. Câmara.). Rio de Janeiro (Estado). **Apelação Civil nº 0332059-38.2015.8.19.0001**. Relator: Leila Albuquerque, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BDA223335F44AB52509CB36AC7E21CA8C50A24133E20&USER=>. Acesso em: 03 maio 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO - TJRJ (12. Câmara.). Rio de Janeiro (Estado). **Apelação Cível nº. 0051957-81.2013.8.19.0001**. Relator: Francisco de Assis Pessanha Filho, 19 de abril de 2017. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000490E4853D8F9D34985BF7481B49D5A889C50620584710&USER=>. Acesso em: 03 mai. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO - TJRJ. (4. Câmara Rio de Janeiro (Estado). **Apelação Cível/Remessa Necessária nº 0218952-21.2012.8.19.0001**. Relator: Caetano Ernesto da Fonseca Costa, 21 de março de 2018. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042E64A5A853509F58606902BA4C903933C5075F2E1333&USER=>. Acesso em: 03 mai. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO - TJRJ. (14. Câmara.). Rio de Janeiro (Estado). **Apelação nº 0153018-19.2012.8.19.0001**. Relator: Roberto de Abreu e Silva, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000407DE6F8E38F65C3C71B42F90427B9D08C5033F031A50&USER=>. Acesso em: 03 mai. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - TJSP. (1. Turma.). São Paulo (Estado). **Apelação Cível nº 1006621-36.2020.8.26.0053**. Relator: Marcos Pimentel Tamassia,

1º de junho de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>. Acesso em: 03 mai. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - TJSP. (1. Turma.). São Paulo (Estado). **Apelação /** Remessa Necessária nº 1007357-78.2019.8.26.0606. Relator: Rubens Rihl, 18 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1156812088/inteiro-teor-1156812108>. Acesso em: 03 maio 2023.

VELOSO, Natália; PIMENTEL, Juliana. Brasil teve 5 ataques com mortes em escolas em 2022 e 2023. **Poder 360**, 5 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/brasil-teve-5-ataques-com-mortes-em-escolas-em-2022-e-2023/>. Acesso em: 03 maio 2023.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. v.2. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

VIEIRA, T. M.; MENDES, F. D. C.; GUIMARÃES, L. C. D. Columbine à Virgínia Tech: reflexões com base empírica sobre um fenômeno em expansão. **Psicologia: reflexão e crítica**. vol.22, n.3. 2009.

CLÁUSULAS *SUPPRESSIO* E *SURRECTIO*: APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO CONFORME O STJ

Gabriel Deivid Soares Goulart

Henrique Guaitolini

Alfredo Lampier Junior

RESUMO

O presente artigo se propõe realizar um estudo acerca do Direito Contratual que orbita dentro do campo do Direito Civil, expondo suas características primárias e os princípios contratuais, em especial a boa-fé objetiva, e os institutos que deles decorrem, de modo a culminar nas cláusulas *suppressio* e *surrectio*, e sua aplicação e interpretação, conforme o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diante disso, se pautou para redigir o presente artigo em uma gama de doutrinadores renomados, e julgados do STJ, a fim de demonstrar quais as posições exaradas pelo referido tribunal, quando avaliadas as possibilidades de aplicação das cláusulas *suppressio* e *surrectio*. Portanto, nota-se que o referido tribunal, para a aplicação dos referidos institutos, confere se estão presentes alguns requisitos. Pelo que se notou, tal avaliação ocorre de caso a caso, tendo sido citados alguns julgados durante o texto para que se possa refletir nas situações práticas em que tais institutos podem ser suscitados. A exemplo, cita-se julgado que versava sobre locação de imóvel em que ocorreu a aplicação do *suppressio*, um acerca de direitos autorais em que se aplicou o referido instituto também, um de plano de saúde que se entendeu pela aplicação da *surrectio*, e, por fim, um caso que envolvia a Administração Pública em questão de jornada de trabalho, em se pugnava pela aplicação de ambas as cláusulas, pelo que não foi provido o pedido.

Palavras-Chave: Contratos; *Suppressio* e *Surrectio*; Boa-fé objetiva; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This article proposes to carry out a study on Contract Law that orbits within the field of Civil Law, exposing its primary characteristics and contractual principles, especially objective good faith, and the institutes that arise from them, in order to culminate in the *suppressio* and *surrectio* clauses, and their application and interpretation according to the Superior Court of Justice (STJ). In view of this, it was decided to write this article by a range of renowned scholars and judges from the STJ, in order to demonstrate the positions adopted by the aforementioned court when evaluating possibilities of applying the *suppressio* and *surrectio* clauses. Therefore, it is noted that the aforementioned court for the application of the aforementioned institutes checks whether some requirements are present, which is why it was noted that such assessment occurs on a case-by-case basis, with some judgments being cited throughout the text so that one can reflect on the situations practices that such institutes can be raised. For example, there is a judgment that dealt with the rental of property in which the *suppressio* was applied, one about copyright that was also applied to the aforementioned institute, one about a health plan that was understood to be the

application of the *surrectio*, and, for example, finally, a case involving the Public Administration in a matter of working hours argued for the application of both clauses, and the request was therefore not granted.

Keywords: Contracts; *Supressio* and *Surrectio*; Objective good faith; Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

A Teoria Geral dos Contratos abarca uma variedade de conceitos, desde a formação até a execução dos contratos, passando pelos requisitos indispensáveis à sua validade. A análise meticulosa desses requisitos revela não apenas a natureza jurídica dos contratos, mas também os princípios basilares que permeiam as transações contratuais. Nesse contexto, despontam os princípios do Direito Contratual moderno, sendo a boa-fé objetiva uma peça-chave nessa engrenagem.

A boa-fé objetiva, enquanto princípio norteador, assume um papel de destaque no universo dos contratos. Este artigo se dedica a desvelar os contornos e a relevância desse princípio, destacando sua influência na formação e execução dos contratos. Além disso, em uma incursão mais profunda, concentra-se na análise das figuras parcelares da boa-fé objetiva, com especial ênfase em duas delas: *supressio* e *surrectio*. Explorar essas figuras é essencial para desvendar as complexidades das expectativas e obrigações entre as partes contratantes.

Dessa forma, busca-se por este artigo, se pautando por pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, qual tem sido o entendimento por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da aplicação e interpretação das cláusulas *supressio* e *surrectio* no âmbito dos contratos, de forma a citar julgamentos realizados pelo referido tribunal.

Em suma, o presente trabalho se propõe a mergulhar nos meandros da teoria geral dos contratos, desdobrando-se em uma análise aprofundada da boa-fé objetiva e suas figuras parcelares. Ao fazê-lo, almeja-se não apenas enriquecer o debate acadêmico sobre o tema, mas também fornecer subsídios sólidos para a compreensão e aplicação desses princípios no contexto jurídico contemporâneo.

1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Dentre a gama de temáticas abordadas pelo Direito Civil, o ramo do Direito Contratual aborda os princípios e fundamentos inerentes aos contratos, incluindo a

formação, os elementos essenciais, a interpretação, eficácia e extinção dos referidos instrumentos, assim como os direitos e deveres advindos da relação jurídica formada para as partes envolvidas (Tissot, 2023). A compreensão adequada da Teoria Geral dos Contratos se mostra relevante a fim de se obter base sólida para a compreensão dos contratos, mostrando a aplicação prática, evidenciando a uniformidade e previsibilidade, de forma a trazer maior segurança na hora de contratar (Tartuce, 2023).

O contrato pode ser conceituado como uma espécie de negócio jurídico que, em sua fase de constituição, requer a participação de, pelo menos, duas partes distintas, enfatizando a natureza bilateral ou plurilateral dos contratos e o seu caráter vinculativo e a necessidade de mútuo consentimento para a sua validade e formação (Gomes, 2022).

Para Diniz (2023, p. 16), contrato pode ser definido como “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”. Por sua vez, Tartuce (2023) aduz que o contrato pode ser definido como um instrumento, entre acordo de duas ou mais partes, que possui o objetivo de constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial, salientando que este conceito é próximo ao conceito realizado pelo Código Civil Italiano¹.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2023), os contratos são regidos por princípios que norteiam a sua aplicação e interpretação, conforme as normas jurídicas pertinentes aos negócios jurídicos que envolvem duas ou mais partes, sendo adiante tratados em capítulo específico. Continuando, o referido autor destaca alguns princípios, sendo eles, o da liberdade de contratar, da obrigatoriedade do cumprimento da obrigação, da eficácia limitada aos contratantes e do respeito à dignidade humana, o qual exprime o sentido ético e solidário dos contratos, tendo assim harmonia com os princípios normativos expressos na Carta Magna de 1988.

No mais, Tartuce (2023) leciona acerca da autonomia da vontade ou autonomia privada, expondo a importância da liberdade contratual, o que significa que as partes

¹ Art 1321, Código Civil Italiano: Il contratto e' l'accordo di due o piu' parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.
(disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>)

têm a liberdade de contratar com quem e o que for desejado, nos limites da lei, estabelecendo cláusulas convenientes com seus interesses. Ressalta que essa liberdade tem o limite da função social do contrato, e o princípio da boa-fé, não se admitindo que uma das partes tenha maior benefício em detrimento de outra.

Em que pese a existência de várias classificações dos contratos, para fins do presente trabalho, utilizaremos aquelas mais tradicionais. Nesse sentido, de acordo com Rizzato (2023), os contratos podem ser classificados de várias formas. Inicialmente, em relação à obrigação das partes envolvidas, existem contratos unilaterais, em que apenas uma parte fica obrigada, e os bilaterais, em que ambas as partes estão obrigadas. Em segundo lugar, é possível distinguir entre contratos gratuitos, em que há vantagens apenas para uma parte, e onerosos, que apresentam vantagem e desvantagem para ambas as partes. No que diz respeito ao objeto do contrato, ele pode ser categorizado como comutativo, quando envolve um item específico e estabelecido, ou aleatório, quando se trata de um item incerto e há risco na resolução do acordo contratual. Por último, em termos de descrição legal, os contratos podem ser classificados como típicos, se estiverem previamente estabelecidos por lei, ou atípicos, se não estiverem previstos na lei, ou mistos e coligados, se houver uma combinação de contratos típicos e atípicos na mesma relação jurídica.

Fora isso, existem classificações tais como aqueles que são instantâneos, sucessivos, de execução diferida, por tempo determinado ou indeterminado. Todos esses contratos dizem respeito ao tempo e à forma de execução. Também há contratos principais, que não dependem de outros, e acessórios, que são dependentes de outra relação jurídica. Ainda, os contratos com pessoa certa são aqueles em que a obrigação é personalíssima e não pode ser repassada para outro. Por sua vez, o contrato coletivo acontece quando um grupo de pessoas indeterminado ou uma categoria realiza um contrato visando ao benefício de todos eles, e, finalmente, existem os contratos de adesão, que já possuem cláusulas pré-estabelecidas (Rizzato, 2023).

Conforme preceitua Diniz (2023), os contratos possuem um ciclo de vida, sendo que primeiramente a gênese da relação se dá com o mútuo consentimento das partes, e, caso não observadas as formalidades preceituadas, pode ocorrer a constatação de vícios, o que pode gerar sua extinção.

Outra questão acerca dos contratos é a possibilidade da revisão dos contratos, conforme art. 478 e seguintes. Veja-se:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva (BRASIL, 2002).

Sobre a situação da onerosidade excessiva, Gomes (2022) cita, em conformidade com retomencionado artigo, que, em um determinado momento, a relação contratual fica tão onerosa a uma parte, que sua resolução fica dificultada, sendo passível a rescisão contratual, caso tal *imbroglio* não seja resolvido de comum acordo entre as partes.

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONTRATUAL MODERNO: a boa fé objetiva como paradigma do direito contratual

A partir de minuciosa análise do Código Civil de 2002, percebe-se que o referido código é dotado de princípios, ou como Tartuce (2023, p. 55) denomina, “é um *Código de Princípios*”, não se podendo olvidar da expressiva importância daqueles na codificação privada pátria vigente.

Para fins de conceituação, Jorge Júnior (2013, p. 10) aduz que “a palavra *princípio* traz o sentido de *início*, *começo*, e também o de *fundamento*”. E, continua o referido autor suscitando que os princípios “constituem autênticas normas jurídicas, de natureza *cogente*, a prescreverem condutas e servindo de elemento *conformador* do sistema jurídico ao direcionarem o melhor sentido para a *valoração* e *aplicação* das demais normas jurídicas pertencentes ao sistema”.

Dessa forma, cabe citar aqueles princípios que assumem maior importância no cenário do Direito Contratual na atualidade, sendo eles, o princípio da equivalência material, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Em síntese, o princípio da equivalência material prima por harmonizar os interesses dos envolvidos nas relações contratuais, em todas as fases de execução, por meio da preservação do equilíbrio real dos direitos e deveres dos envolvidos na relação; já o princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil de 2002, busca proteger os interesses

da coletividade, do bem comum, impondo limites ao princípio da autonomia, mas não o anulando (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Sobre o princípio da boa-fé, este se encontra expressamente transrito no Código Civil de 2002. Veja-se:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (Brasil, 2002).

Ainda sobre o referido instituto, este possui importância junto aos contratos, pois impele que esses não sejam interpretados na literalidade do que fora escrito, mas pela intenção de vontade pela qual as partes optaram pela concretização do contrato. Além disso, aquele princípio preza pela segurança nas relações jurídicas haja vista que seus participantes devem estar imbuídos de ética, confiança recíproca e lealdade (Diniz, 2023).

Hodiernamente, pode-se subdividir a boa-fé em subjetiva e objetiva, pelo que Gomes (2022, p.69) aduz que:

Modernamente distingue-se a boa-fé subjetiva, que se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo, aplicável notadamente no campo do Direito das Coisas (fala-se em “possuidor de boa-fé”, por exemplo), da boa-fé objetiva, correspondente a uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito.

O foco aqui exposto será em prol da boa-fé objetiva, que em seu *modus operandi* possui algumas funções, sendo elas, interpretativa, que prioriza a interpretação de vontades dos indivíduos quando da elaboração do contrato e na busca de preencher deficiências daquele instrumento jurídico, supletiva, que por sua vez atua no gênese de deveres anexos, e corretiva, agindo esta contra cláusulas abusivas e influenciando em decisões judiciais. Em síntese, tal princípio aplica-se a todas as relações contratuais, com suas ressalvas a algumas classes de contratos, independente da condição dos contraentes (Gomes, 2022).

3 CONTORNOS OU FIGURAS PARCELARES DA BOA FÉ OBJETIVA: *Supressio, Surrectio, Tu quoque, Exceptio doli, Venire contra factum proprium, Duty to mitigate the loss*

Feitos os devidos apontamentos acerca da boa-fé objetiva, faz-se apropriado explicitar os institutos que surgem em decorrência daquele princípio, em especial a *supressio* e o *surrectio*, objetos deste artigo. Dessa forma, Martins-Costa (2018, p. 710) aduz acerca da *supressio* que:

A *suppressio* é a translação de funções atribuídas a instituto que os juristas germânicos denominam de *Verwirkung*, criação jurisprudencial que comporta a perda do direito subjetivo como consequência de uma inatividade do titular, quando essa inatividade, tendo perdurado por um período de tempo não determinado *a priori*, apresenta-se em face de circunstâncias idôneas a determinar, na contraparte, um investimento de confiança merecedor de proteção com base no princípio da boa-fé.

Por sua vez, acerca do instituto da *surrectio*, Tartuce (2023, p. 128) preleciona que:

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes.

Em síntese, a diferença entre a *supressio* e *surrectio* é que aquela atua como limitadora no exercício do determinado direito por parte do titular em decorrência de uma omissão e por sua vez, o outro instituto, cria um novo vínculo jurídico quando verificada boa-fé objetiva e lapso temporal considerável. Insta salientar que parte dos operadores de direito afirmam que os institutos são faces um do outro, faces da mesma moeda, e que um surgiria do outro (Silva Filho, 2021).

Realizadas as ponderações acerca das cláusulas *supressio* e *surrectio*, também decorre da boa-fé objetiva a figura do *tu quoque* que remonta que aquele que viola uma norma jurídica não pode se aproveitar da situação por ele criada, salvo se caracterizado abuso de direito. De tal instituto, verifica-se que sua aplicação chegou até o STJ no julgamento do REsp n.º 1.823.341/SP (Brasil, 2020), bem como a *venire contra factum proprium*, sendo tratado no caso um contrato de compra e venda de imóvel, entre particular e incorporadora, situação em que ocorreu atraso no "habite-se" por parte da incorporadora e do pagamento pelos compradores, em que só foram entregues as chaves da unidade comprada para os adquirentes quando do

pagamento do remanescente, sendo que esses, não satisfeitos com tal fato, ajuizaram ação pugnando por indenização e pela outorga da escritura para eles (Tartuce, 2023).

Outro contorno que decorre do princípio da boa-fé objetiva é a *exceptio doli*, instituto esse que era presente no Direito Romano com bipartição de papéis, que, em síntese, pode ser entendida como a defesa do réu em contraponto a condutas não condizentes com princípio supracitado. No Direito Civil pátrio a principal representante das exceções é a *exceptio non adimplenti contractus*, sendo prevista no art. 476 do Código Civil de 2002 (Brasil, 2002), que consiste em que uma parte não pode exigir da outra o cumprimento das respectivas obrigações sem antes ela mesmo cumprir as próprias, tendo tal questão sido tratada no julgamento do REsp n.º 981.750/MG pelo STJ (Tartuce, 2023).

Conforme se extraí da IV Jornada de Direito Civil, restou aprovado o Enunciado de n.º 362 que aduz que “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. Dessa forma, conforme exposto e aplicado no julgamento do REsp n.º 95.539/SP (Brasil, 1996) pelo STJ, o instituto do *venire contra factum proprium* preleciona que o indivíduo não pode suscitar direito em contraponto à conduta outrora externada, haja vista as expectativas criadas pelo comportamento exaurido, em respeito à confiança e a lealdade que advém da boa-fé objetiva (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

Por fim, acerca do instituto do *duty to mitigate the loss*, também denominado como doutrina dos danos evitáveis, possui gênese no sistema do *Common Law*, em que consiste que, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, o credor de direitos deve procurar minimizar a magnitude do dano ocorrido, objetivando evitar o agravamento da situação. Dessa forma, a fim de exemplificação, caso o carro de A colida com o carro de B, tendo aquele saído em busca de um guincho para o carro de B, e o carro deste começasse a dar indícios de que está a pegar fogo e mesmo assim B permanece inerte e não faz nada para impedir a progressão das chamas, ele não agiu com boa fé objetiva a fim de minimizar os danos ao veículo, pelo que se ficar demonstrado tal fato, poderá ocorrer a aplicação do referido instituto, como fora utilizado, por exemplo, no julgamento do REsp n.º 758.518/PR pelo STJ (Jadvisky, 2016).

Outro exemplo do instituto acima mencionado encontra-se previsto no arts. 769 e 717 do CC/2002, ocasião que fala da obrigação do segurado em comunicar à seguradora qualquer fato que constitua possibilidade de agravamento ao risco coberto, bem como o dever de comunicação de sinistro logo que ocorra, sob pena de perda do direito à garantia e da indenização devida, respectivamente (Tartuce, 2023)

Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

4 APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS CLAUSULAS *SUPRESSIO* E *SURRECTIO* CONFORME O STJ

Realizado o embasamento teórico necessário acerca da temática, sem a pretensão de exauri-la, a seguir serão citados casos práticos em que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre as cláusulas *supressio* e *surrectio* para fins de explicação de como o referido tribunal aplica e interpreta os referidos institutos, pelo que se finaliza o presente artigo.

4.1 *SUPRESSIO* EM REAJUSTE DE LOCAÇÃO

Neste primeiro exemplo, cita-se o julgamento do REsp n.º 1.803.278/PR (Brasil, 2019), julgado em 22/10/2019, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em que a controvérsia se cingia acerca de um contrato de locação que previa expressamente reajustes, todavia o locador, por inércia, não realizou tal aplicação, e posteriormente se decidiu por cobrar do locatário as quantias retroativas. Diante de tal questão, foi suscitado o instituto do *supressio* pelo não exercício de direito, *in casu*, de aplicar reajuste.

O relator, por meio de seu voto, aduziu que, para que fosse verificada a aplicação do *supressio*, faziam-se necessários 3 (três) requisitos, sendo eles:

a) inércia do titular do direito subjetivo, b) decurso de tempo capaz de gerar a expectativa de que esse direito não mais seria exercido e c) deslealdade em decorrência de seu exercício posterior, com reflexos no equilíbrio da relação contratual. (REsp n. 1.803.278/PR, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 5/11/2019, Brasil, 2019.)

Continuando, com base no referido julgado, *in casu*, não há dúvidas de que o locatário realizou o pagamento dos aluguéis durante 5 (cinco) anos sem os devidos reajustes, todavia isso não foi suficiente para gerar uma expectativa de não haveria mais reajustes, o que culminaria indiretamente num valor de aluguel fixo *ad aeternum*, pois, caso o locador não pudesse reajustar mais os aluguéis de sua locação, isso geraria manifesto desequilíbrio contratual.

Assim, entendeu-se, com fulcro na boa-fé objetiva, pela permissão da aplicação dos reajustes, previstos contratualmente, a partir da notificação extrajudicial realizada, sem a cobrança da diferença dos valores pretéritos, entendendo-se, em suma, pela aplicação do instituto do *supressio* no que tange aos reajustes passados, não futuros. Dessa forma, tomando como base que a *surrectio* é o outro lado da moeda da *supressio*, caso fosse acolhida a pretensão autoral, surgiria um direito (*surrectio*) à parte requerente de possuir uma locação sem aumentos periódicos, sendo de certo que tal petitório é abusivo.

4.2 SUPRESSO EM DIREITOS AUTORAIS

Outro julgamento importante, de relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, o REsp n.º 1.643.203/RJ, julgado em 17/11/2020, versou sobre o caso de um compositor que buscou indenização por direitos autorais violados em desfavor da Rádio Globo e a Globo Comunicação e Participações por, supostamente, estas empresas se utilizarem de suas composições sem o devido pagamento pelos direitos autorais dessas.

In casu, denota-se que inexiste contrato escrito entre as partes litigantes. Não obstante isso, quando da utilização das vinhetas pelas empresas deste processo inexistia legislação regencial hodierna acerca dos direitos autorais, pelo que, naquela época, não havia solicitação legal quanto à forma dos contratos de direitos autorais, de modo que não há de se falar em ilegalidade ou nulidade.

Nessa senda, conforme exposto no voto vencedor, o compositor sempre exauriu conduta que permitiu que as empresas citadas inferissem que a utilização da obra ocorria de forma gratuita, consentida e legal, tanto que essas reconheciam a autoria das vinhetas para o compositor publicamente, pelo que este, durante 40 (quarenta) anos de utilização pacífica, o compositor abruptamente mudou de conduta e exigiu indenização pelos direitos autorais.

Dessa forma, verificou-se que, cumprindo os requisitos para aplicação do instituto conforme parâmetros do STJ já expostos neste artigo, fica patente a incidência da *supressio* no caso, pelo que foi aplicada pelo respectivo tribunal. Lado outro, ocorreu a *surrectio* em favor das demandadas, que poderão se utilizar das vinhetas sem o pagamento dos aludidos direitos autorais ao compositor.

4.3 SURRECTIO PARA MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE DE DEPENDENTE

No que tange à área da saúde, cita-se julgamento do REsp n.º 1.899.396/DF, julgado em 23/06/2022, de relatoria do ministro Marco Buzzi, que tratou de caso de uma beneficiária de plano de autogestão que incluiu como dependente seu irmão, que é idoso e possui enfermidade mental, estando sob a curatela daquela. Em síntese, o curatelado foi incluído como dependente em 16/04/2011 e o plano de autogestão em 23/08/2018 comunicou que aquele seria excluído do plano pelo que entendia que ele não se encaixava como dependente nos termos do regulamento da operadora.

Verificou-se que, no caso, durante o período superior a 7 (sete) anos, o curatelado usufruiu, mediante pagamento, do plano de saúde de sua irmã como beneficiário dependente sem oposição da operadora do plano de saúde de autogestão. Ademais, houve pactuação entre as partes para a contratação do plano em questão, ocorrendo a manifestação de vontades livres e concretamente ajustadas, não podendo ocorrer fator modificativo *a posteriori* das condições que foram em outrora pactuadas, como, *in casu*, a fim de excluir um beneficiário.

Logo, com amparo no instituto da *surrectio*, na necessidade de tutela da boa-fé objetiva dos contratantes, da proteção das legítimas expectativas, bem como da vedação à adoção de comportamentos contraditórios, entende-se que, dadas as já pontuadas particularidades do caso, o comportamento omisso da ora recorrida durante significativo lapso temporal, excepcionalmente, implicou a assunção da obrigação de prestação do serviço de assistência à saúde ao recorrente (*suprimido nome*), na qualidade de dependente de sua irmã e curadora. (REsp n. 1.899.396/DF, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 23/6/2022, DJe de 1/7/2022, Brasil, 2022).

Dessa forma, conforme voto vencedor, entendeu-se pela aplicação do instituto da *surrectio* no caso, para determinar a reinclusão do curatelado ao plano de saúde de sua irmã na qualidade de seu dependente. Por outro lado, para a operadora de plano de saúde houve a *supressio* de um direito previsto contratualmente em decorrência da conduta por ela exarada.

4.4 SUPRESSIO E SURRECTIO EM REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por fim, no âmbito da administração pública, no julgamento do Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n.º 62.942/MS, julgado em 30/11/2020, relatoria do ministro Francisco Falcão, o STJ se viu diante do petitório que suscitava o reconhecimento da ocorrência dos institutos da *supressio* e *surrectio* em contraponto a decreto do Governador do respetivo Estado, cujo conteúdo versava sobre alteração no regime de trabalho, culminando em 8 (oito) horas diárias, ocorrendo isso depois de 15 (quinze) anos da jornada dos servidores estaduais sendo de 6 (seis) horas diárias. Em sede de recurso ao mandado de segurança, a parte impetrante reiterou seus argumentos, destacando-se a *supressio* e a *surrectio*, pelo que estão a seguir.

[...] reiterando os argumentos quanto ao direito à irredutibilidade dos vencimentos e da boa-fé aplicada às relações jurídicas na Administração Pública, defendendo o surgimento do direito à jornada reduzida de 30 horas, por conta do lapso temporal desde o decreto que instituiu a redução temporária, por aplicação do instituto da *surrectio*, e o correspondente perdimento do direito da Administração de implementar alterações no regime jurídico no que diz respeito à redução da jornada, por conta da aplicação do instituto da *supressio*. Aduz, ainda, o dever da Administração de reduzir os danos aos servidores representados, pela aplicação do *duty to mitigate the loss*, e a ausência de alteração fática a legitimar o retorno à jornada de 40 horas. (Aglnt no RMS n. 62.942/MS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, DJe de 2/12/2020, Brasil, 2020.)

Atentando-se aos institutos trabalhados, por meio do voto vencedor, fica explícito que não se aplicam as referidas cláusulas, pois não pode surgir um suposto direito à função/cargo que seja destoante do fato de que o funcionário público tenha prestado concurso público, e, não pode a Administração Pública haver perda de direito de rever seus próprios atos como o pugnado pelo sindicato impetrante. Em síntese, se percebe que o referido tribunal tratou a situação da redução da carga horária dos servidores como temporária, podendo a Administração Pública, visando o interesse da coletividade e do Poder Público, requerer que os funcionários voltem a sua carga de trabalho normal, sem aumento salarial, ficando eles adstritos aos termos do concurso público que eles prestaram.

Em suma, entendeu-se, *in casu*, pela não aplicação dos institutos *supressio* e *surrectio*.

5 CONCLUSÃO

A teoria geral dos contratos constitui a espinha dorsal do Direito Civil, delineando os alicerces que regem as relações contratuais. Ao compreender a intricada rede que constitui os contratos, torna-se possível apreciar a complexidade e a importância desses instrumentos jurídicos na sociedade contemporânea.

Neste contexto, emergiu a importância dos princípios do direito contratual moderno, com destaque para a boa-fé objetiva. Esse princípio, que impõe às partes o dever de agir com lealdade e probidade, transcende a mera observância das cláusulas contratuais, promovendo a equidade e a justiça nas relações contratuais. A boa fé objetiva atua como um vetor orientador, moldando as condutas das partes durante a execução do contrato e nas fases pré e pós-contratuais.

Dentro desse contexto, aprofundamos nossa análise nas figuras parcelares da boa-fé objetiva, destacando a *supressio* e a *surrectio* como elementos-chave nesse universo. A *supressio* refere-se à situação em que uma parte deixa de exercer um direito por um período prolongado, levando à suposição de que ela renunciou a esse direito. Por outro lado, a *surrectio* aborda a situação em que uma parte, em virtude de circunstâncias específicas, passa a exercer um direito que antes não era exercido.

Acerca do *supressio*, conforme julgamento do REsp n.º 1.803.278/PR (Brasil, 2019), verificam-se alguns requisitos para sua aplicação, sendo a falta de ação por parte do detentor do direito subjetivo, o transcorrer do tempo suficiente para criar a expectativa de que esse direito não será mais exercido, e falta de lealdade resultante do seu exercício posterior, com repercussões no equilíbrio da relação contratual.

Por sua vez, acerca da *surrectio*, utilizando como paradigma o julgamento do REsp n.º 1.899.396/DF (Brasil, 2022), para sua aplicação deve-se levar em consideração os princípios contratuais, em especial a boa-fé objetiva, vedação à adoção de comportamentos contraditórios, bem como se a omissão por parte do titular do direito se deu por período prolongado que tenha criado expectativas legítimas em outrem, fazendo surgir um direito para este.

Em síntese, este estudo revela que a Teoria Geral dos Contratos é um campo complexo e dinâmico, permeado por princípios fundamentais como a boa-fé objetiva. A compreensão das figuras parcelares, como *supressio* e *surrectio*, enriquece nossa visão sobre as nuances das relações contratuais, ressaltando a importância da equidade e da lealdade na aplicação do direito contratual moderno. Essas reflexões

oferecem *insights* valiosos não apenas para acadêmicos e juristas, mas também para profissionais que lidam diariamente com transações contratuais, contribuindo para uma prática mais ética e justa no âmbito jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.> Acesso em: 01 nov. 2023.

_____. STJ. **REsp n.º 1.622.555/MG.** Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, DJe de 16/3/2017. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502797328&dt_publicacao=16/03/2017.> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. **REsp n.º 1.823.341/SP.** Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 11/5/2020. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901887302&dt_publicacao=11/05/2020.> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. **REsp n.º 981.750/MG.** Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/4/2010, DJe de 23/4/2010. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702038714&dt_publicacao=23/04/2010.> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. **REsp n.º 95.539/SP.** Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 3/9/1996, DJ de 14/10/1996, p. 39015. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199600304165&dt_publicacao=14/10/1996.> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. **REsp n.º 758.518/PR.** Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/6/2010, REPDJe de 1/7/2010, DJe de 28/06/2010. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500967754&dt_publicacao=01/07/2010.> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. **REsp n.º 1.803.278/PR.** Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 5/11/2019. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900710351&dt_publicacao=05/11/2019.> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. **REsp n.º 1.643.203/RJ.** Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 1/12/2020. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603265465&dt_publicacao=01/12/2020.> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. REsp n.º 1.899.396/DF. Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 23/6/2022, DJe de 1/7/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001030192&dt_publicacao=01/07/2022> Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. AgInt no RMS n.º 62.942/MS. Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, DJe de 2/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000342467&dt_publicacao=02/12/2020> Acesso em: 02 nov. 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v.3. São Paulo, SaraivaJur, 2023.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Contratos**. v.4. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais**. 19 ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2022.

JADVISKY, Sarah Ellen Gonçalves. *Aplicação da teoria do duty to mitigate the loss: o dever do credor de mitigar seus próprios prejuízos*. Portal UOL, 2016. Disponível em: <<https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/aplicacao-teoria-duty-to-mitigate-the-loss---dever-credor-mitigar.htm>> Acesso em: 04 nov. 2023.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gossen. **Direito dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NITÃO, Francisco Edgar. Contratos – Em que possibilidade posso pedir revisão do meu contrato?. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/contratos-em-que-possibilidade-posso-pedir-a-revisao-do-meu-contrato/477453716>> Acesso em: 01 nov. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SILVA FILHO, Artur Marques. *Supressio e surrectio*. Tomo Direito Civil, Edição 1, dez. 2021. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/470/edicao-1/supressio-e-surrectio#:~:text=Enquanto%20a%20supressio%20limita%20uma,de%20um%20razo%C3%A1vel%20lapso%20temporal>> Acesso em: 24 out. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TISSOT, Rodrigo. **Aspectos da teoria geral dos contratos, princípios e requisitos**. Aurum, 2023. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/teoria-geral-dos-contratos/>> Acesso em: 31 out. 2023.

DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM TEMPOS DE PANDEMIA

Henzo Motinho Zumake
Josele da Rocha Monteiro

RESUMO

O direito de família, em seu âmbito legal, visa equilibrar e preservar a harmonia das relações familiares cujos conflitos necessitam de intervenção jurídica para sua resolução, sendo o estabelecimento de convivência familiar entre guardiões, genitores e menores, uma das ramificações deste direito a ser resguardado por meio das decisões jurídicas. Porém, a matéria a ser tratada neste estudo leva em consideração que, em tempos de pandemia, o direito de convivência familiar está vulnerável a mudanças repentinhas que poderiam trazer desvantagens ao elo familiar, assegurado pelas decisões aplicadas, devendo ser analisado de forma minuciosa, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, estabelecido pelo ECRIAD, sendo necessária a análise de jurisprudências baseadas em fatos ocorridos durante a pandemia, artigos legais que visam à proteção integral da convivência familiar, para que, em um futuro que talvez não seja tão distante, possa haver previsão legal visando à proteção da integralidade do direito de convivência familiar.

Palavras-Chave: Convivência; família; pandemia; decisão judicial; menores.

ABSTRACT

Family law, in its legal scope, aims to balance and preserve the harmony of family relationships whose conflicts require legal intervention for their resolution, with the establishment of family coexistence between guardians, parents and minors, one of the ramifications of this right to be protected through legal decisions. However, the matter to be addressed in this study takes into account that in times of pandemic, the right to family coexistence is vulnerable to sudden changes that could bring disadvantages to the family bond, ensured by the decisions applied, and must be analyzed in detail, taking into account the principle of the best interests of children and adolescents, established by ECRIAD, requiring the analysis of jurisprudence based on facts that occurred during the pandemic, legal articles that aim at the full protection of family coexistence, so that, in a future that may not be so distant, there may be a legal provision aimed at protecting the entire right to family coexistence.

Keywords: Coexistence; family; pandemic; court decision; minors.

INTRODUÇÃO

No ano de 2019 a pandemia do Vírus identificado como COVID-19 chegou ao Brasil, surpreendendo a todos com o seu alto índice de proliferação e contágio, perigo

iminente a saúde de toda população mundial, sendo necessária a inserção de isolamento social ou a chamada quarentena, a fim de se evitar a progressão do vírus.

Ocorre que, com o confinamento social obrigatório, a fim de minimizar transição pessoal, muitos genitores e guardiões que detinham a guarda compartilhada de menores de idade se encontraram impedidos de exercer o direito de convivência com os mesmos, sendo necessária a interpretação do cenário momentâneo para exercer o melhor interesse da criança e do adolescente, evitando-se expor o mesmo ao risco de vulnerabilidade. O vírus do Covid-19 ainda se encontra presente no ano de 2022, prolongando a pandemia e influenciando decisões judiciais a respeito do melhor interesse para a criança ou adolescente, que também visam preservar o direito de convivência dos mesmos com seus genitores e guardiões, sendo a presente pesquisa dedicada a apresentar estudos por meio de julgados e decisões e experiências sociais, a fim de cooperar com futuras decisões a serem aplicadas em tempos de surto viral ou catástrofe provocada por fenômenos naturais.

O presente artigo trata de estudo feito para auxiliar futuras decisões judiciais que visam evitar a vulnerabilidade social da criança e do adolescente preservando o direito de convivência com seus genitores, guardiões e familiares, levando em consideração que a população mundial sempre estará sujeita a novas crises pandêmicas, por ser algo natural e imprevisível.

Neste sentido, a questão norteadora do presente estudo é: como deve ser disciplinado o direito de convivência entre pais em filhos durante o período pandêmico, à luz das restrições e medidas protetivas impostas pela Covid19?

A estrutura da narrativa constitui-se de dois grandes eixos.

No primeiro capítulo foi feita uma abordagem a respeito da compreensão do que seja do ponto de vista conceitual o direito de convivência, previsto na legislação brasileira.

Em seguida, discorreu-se acerca dos impactos oriundos da pandemia no sistema de convivência familiar e por fim as considerações finais.

1 COMPREENDENDO O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Para o direito, família se denomina como um conjunto de pessoas com laços familiares sanguíneos ou fundamentados em decisões judiciais, como o caso de adoção, guarda em família extensa, casamento ou união estável.

Sendo assim, baseando-se no poder familiar e preservação dos direitos da criança e do adolescente, conforme mencionado no artigo “*Guarda e filhos e Mediação Familiar*”, utilizam-se, como referência, os ensinamentos de Orlando Gomes, sendo expressa a seguinte ideologia:

O ser humano, no início de sua vida, isto é, na infância e em certas fases da juventude, necessita de cuidados especiais, precisa de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha regência de sua pessoa e de seus bens. Daí resulta o instituto do pátrio poder, cabendo aos pais o mister de exercê-lo (Gomes, 1995, p.335).

Assim, agregando ao conceito de melhor interesse da criança e do adolescente, conforme prescreve o ECRIAD, instrumento que garante os direitos inerentes a criança e adolescente, sua finalidade é unicamente o desenvolvimento social dos menores, como pessoa digna, completamente garantido.

Diante da obrigação de preservar os laços familiares, Marcos Alves da Silva (2002), em sua concepção, comprehende que a relação entre pais e filhos, é nascida do conceito de pátrio poder, atualmente compreendido como sendo Poder Familiar. Neste sentido:

A nova compreensão da relação entre pais e filhos, nascida da superação do conceito de ‘pátrio poder’, assenta-se sobre três pilares fundamentais: a affectio, a publicização das relações de família e a emergência de um novo sujeito: a criança e o adolescente (Silva, 2002).

A criança ou adolescente figura-se como o pilar central da família, assim, uma família que não vela pelo princípio do melhor interesse para o menor, está sujeita à perda da guarda do mesmo, pela exposição a situações de vulnerabilidade.

A Constituição, em seu artigo 226 (Brasil, 1988), aduz que a família é a base da sociedade, e tem especial proteção do Estado.

Com a classificação de família, subsidiariamente, vem o direito ao exercício do poder familiar em relação aos menores que estão presentes no seio familiar, que resumidamente, é o conjunto de direitos e deveres que os guardiões e genitores possuem em relação a uma criança ou adolescente para que possam representá-los em suas vidas cotidianas.

Não se confunde o direito de convivência familiar com direito de visitação, pois esse direito o ato representa o ato de o membro familiar efetuar uma visita a outro, neste caso, seria a visita do menor aos genitores, guardiões, tios ou avós visando nutrir o afeto entre os mesmos.

Já o direito de convivência é o ato de preservar a convivência dos membros familiares, que, no presente caso, é utilizado para coexistir, nutrir e fortificando laços familiares emocionais, podendo o menor conviver no seio de sua família sem entraves.

[...] não se confunde direito de visitas com convivência familiar. Visitar é ver alguém periodicamente, ir até a casa ou outro local por dever, cortesia ou solidariedade. Conviver é tratar diariamente, coexistir, criar, cultivar e manter vínculos afetivos, essenciais para o desenvolvimento saudável das crianças. (Ibias, 2013, **grifo nosso**).

Sendo assim, à luz da constituição, este dever atribuído à sociedade, é o de resguardar o direito de convivência dos menores com seus familiares, sendo tão importante quanto o direito à vida, alimentação ou educação, estando previsto no artigo 227 da Constituição Federal.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988, **grifo nosso**).

É complementado e assegurado no plano infraconstitucional previsto ao art. 19 do Ecriad.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar e comunitária**, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990, **grifo nosso**).

Ainda, as premissas do escritor Washington de Barros Monteiro (2004), conceituam que o poder familiar se classifica como o conjunto de obrigações, a cargo dos genitores, no que visa à integridade de seus filhos.

Assim, o direito à convivência familiar entre guardiões ou genitores é um dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar, sendo o direito que a criança ou adolescente tem de conviver legalmente com seus familiares, isso porque é abraçado como forma de proteção ao menor, que deve crescer no seio de uma família acolhedora, evitando, assim, possíveis efeitos negativos ao desenvolvimento físico e intelectual do mesmo (Monteiro, 2004).

Conforme previsão legal, o Código Civil, no art. 1.583, § 2º, aduz que a convivência familiar em regime da guarda compartilhada deve estabelecer divisão justa para o convívio do menor com ambos os genitores.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014), (Brasil, 2002).

Estende-se ao guardião legal o mesmo fundamento jurídico, sendo o dever de preservar os laços familiares e direitos de convivência uma obrigação a qualquer pessoa responsável pelo infante sob seus cuidados e guarda jurídica ou fática.

2 DO IMPACTO DA PANDEMIA NO SISTEMA DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Ante o fenômeno da pandemia, genitores e guardiões que detinham a guarda e direito de convivência com menores durante o rigoroso período de quarentena, não despojaram de outra escolha, a não ser intervir no fluxo de transição do menor entre genitores ou guardiões, a fim de evitar a disseminação do Vírus do COVID-19.

Diante da situação pandêmica vivenciada, o sistema jurídico não pôde seguir padrões concretizados previstos em lei, sendo necessária a reavaliação do melhor interesse para a criança ou adolescente e a preservação do direito de convivência.

Mesmo com a guarda familiar e direito de convívio estabelecido por lei, a vedação da circulação social impediu que as decisões fossem cumpridas, para se manter o controle sobre o vírus que assombrava a população e evitando-se expor os menores a situações de extrema vulnerabilidade.

Sabendo que os menores deveriam manter contato com seus entes familiares mesmo em períodos pandêmicos, a fim de preservar os laços parentais, o judiciário abraçou diversas saídas, sendo uma delas, a determinação dos filhos e filhas a continuarem na residência daquele que detivesse o menor sob seus cuidados, independentemente de base de moradia fixada por lei.

Senão vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITA PATERNA AOS FILHOS MENORES. COVID-19. VISITAS NO MODO VIRTUAL. O convívio com o pai não guardião é indispensável ao desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes. Situação excepcional configurada pela pandemia de COVID-19 e recomendação do Ministério da Saúde para manutenção do distanciamento social que apontam para o acerto da decisão recorrida, ao determinar contato do pai com o filho por meio de visita virtual diária, pelo menos por ora. Medida direcionada não só à proteção individual, mas à contenção do alastramento da doença. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70084141001 (Nº CNJ: 0052459-71.2020.8.21.7000) COMARCA DE PORTO ALEGRE (Brasil, 2020).

Ainda, sobre o mesmo tema, há outro entendimento do entendimento do Tribunal de Justiça da Bahia:

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Cível Processo: AGRAVO INTERNO CÍVEL n. 8000917 33.2021.8.05.0000.1. AgIntCiv Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível ESPÓLIO: CICERO AUGUSTO MALTEZ LIMA Advogado (s): RAFAEL DE MELLO PARANAGUA ESPÓLIO: LAISE DE CARVALHO LEITE MALTEZ Advogado (s): MATHEUS BORGES BEZERRA DE CARVALHO mk3 ACORDÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITA PATERNA AO FILHO MENOR. PICO DA PANDEMIA COVID-19. VISITAS NO MODO VIRTUAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.1) O convívio com o pai não guardião é indispensável ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes. (Brasil, 2021).

Por diversas situações, não se mostrou cabível outra alternativa, a não ser a de aplicações de meios singulares do direito de convivência dos menores aos genitores que estavam distantes, sendo por diversas vezes, a visita por meios virtuais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90 (Brasil, 1990), foi o pioneiro em apresentar princípios que prezavam o bem-estar físico e psíquico do menor. Ainda hoje, passados 18 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma legislação moderna e, se bem aplicada, de grande valia para a sociedade.

O instrumento do ECRIAD, disciplina, em seu art. 21, estabelece a igualdade de condições entre genitores e filhos, a saber:

[...] o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (Brasil, 1990).

Assim, a dúvida existente seria a de como ficaria o direito de convivência dos filhos entre ambos os genitores durante o árduo período de quarentena, porém, como se mostrou e ainda se mostra aplicável, as decisões digerem o assunto da Guarda compartilhada.

O direito de visita - melhor seria "direito à visita" ou "dever de visita"- não é apenas a ação do genitor ir ver o filho, mas também a de estar com ele de forma não permanente. Não se trata de direito de pai ou de mãe frente ao genitor que detém a guarda do menor, tendo o filho por objeto, muito menos direito de pai ou mãe sobre o filho. Diferentemente do que a leitura apressada do citado artigo poderia sugerir, a visitação consiste no direito do filho menor em ser visitado, não só pelo pai ou pela mãe que não detém a guarda, mas por qualquer pessoa que lhe tenha afeto - pai, mãe, parentes, amigos (Baptista, 2012, p.01).

Tem-se que o Direito de Convivência entre os menores com seus genitores, guardiões ou parentes, são unicamente para manter aquecido o forte vínculo afetivo que a criança ou adolescente necessita, para que, com a pessoa oposta à que detêm a guarda momentânea, possa prevalecer presente na vida de seu filho, mesmo em tempos de difícil cumprimento das decisões que estabeleceram o direito de convivência.

Nas primeiras semanas de pandemia, foram aplicadas diversas decisões liminares que mantiveram o *status quo* da criança, fazendo com que ela permanecesse, por tempo indeterminado, com quem ela estivesse no momento em que a pandemia se instalou.

Fora também analisado o fato de que os hospedeiros assintomáticos do vírus, em que os principais suspeitos eram os mais jovens, por estes não sucumbirem facilmente ao vírus e nem apresentarem os sintomas do mesmo, podendo contagiar uma ampla área de contato social.

Assim, diante dos fatos, foi reconhecido que a permanência das crianças com o genitor ou guardião legal, por um período prolongado, não tinha afinidade com o princípio do melhor interesse para a criança ou adolescente, resguardados pelo ECRIAD, e que seria necessário analisar de forma minuciosa cada particularidade dos casos, objetivando a proteção dos cuidados e da convivência dos menores em cada seio familiar durante o difícil período pandêmico.

Foi apreciada cada determinação de convívio sob a ótica do modelo legal vigente durante a pandemia, que é a guarda compartilhada dos menores com seus guardiões e genitores, não podendo haver diferença nas condições entre os detentores da guarda, sempre estabelecendo cuidados de higiene e de prevenção recomendados pela OMS e as autoridades nacionais.

Olhando as inúmeras ações que têm chegado à Justiça, era de se estimar que, dada à excepcionalidade da situação atualmente vivenciada, os genitores, buscassem um consenso, evitando-se a judicialização, em ocasião de evitar o trânsito social, já que uma nova demanda gera ônus para as partes, ônus para o Poder Judiciário e elevado desgaste para os filhos.

Porém, não fora o que aconteceu, sendo que os genitores e guardiões acabaram gerando incessáveis litígios e desgastando mais ainda, a sanidade mental dos menores, não restando outra alternativa, a não ser a intervenção judicial a fim de

determinar o melhor interesse ao menor, que seria o da proteção a saúde do mesmo e daqueles à sua volta.

Submetidos a uma nova realidade, tornou-se dever de todos buscar, enquanto possível, de forma consensual, a solução rápida e particular para cada situação familiar apresentada. Com as alterações das condições fáticas, tem de se prestigiar a cláusula geral da boa-fé objetiva, apresentada no Código Civil (Brasil, 2002).

A situação atual apresenta desafios, que só poderão ser superados se mudarmos nossa forma de apuração de conflitos, sendo a litigiosidade substituída pela cooperação e pela consensualidade.

As famílias em suas ramificações e formatos têm como base a convivência, devendo os seus integrantes serem os protagonistas de seus projetos de felicidade, deixando para o Judiciário apenas as situações de proteção às vulnerabilidades.

Os filhos devem ser cuidados e protegidos por seus dois genitores. Essa convivência compartilhada deve significar um espaço valioso de humanização das novas gerações, sendo necessário, tanto ao judiciário a implementação de medidas cabíveis a situações pandêmicas, quando ao senso comum das famílias, unicamente a resolução dos conflitos de forma consensual, a fim de preservar não somente a sanidade de um menor vulnerável, mas também a daqueles que vivem ao seu redor.

3 CONCLUSÃO

Por fim, não há o que se discutir a respeito da necessidade da elaboração de estudo voltado a situações de calamidade ou pandemia, que poderiam prejudicar a convivência ou harmonia do seio familiar brasileiro.

Com esta grande brecha no sistema jurídico, poderiam crianças ou adolescentes serem expostos a situações de extrema vulnerabilidade social ou física, já que estes em tese, não tem total capacidade jurídica para tomar decisões de sua vida cotidiana.

O presente artigo é voltado apenas como forma de estudo para apoio de futuras decisões jurídicas que necessitem avaliar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sem levar em consideração a ganância de seus genitores e guardiões, que procuram forçar o desequilíbrio do direito de os menores conviverem no seio acolhedor de sua família.

A necessidade de preservar unicamente o direito do menor de crescer na presença saudável de todos os seus entes familiares deve ser abraçado da mesma forma com que é defendido o direito à vida e à liberdade do mesmo, pois o principal fundamento para o desenvolvimento físico e intelectual do menor é a base familiar sólida e harmônica, não podendo haver brechas para a disseminação de situações de estresse para os menores, que devem ser protegidos por toda a sociedade, levando em consideração que a futura geração é quem conduzirá toda a sociedade em um futuro não tão distante.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA. Silvio Neves. **Direito de visita virtual**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/direito-de-visita-virtual/2277509>>. Acesso em: 23 set. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 out. 2023.
- _____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 out. 2023.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucionaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucionaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 set. 2023.
- _____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento nº 70084141001 (nº CNJ: 0052459-71.2020.8.21.7000). Comarca de Porto Alegre-RS. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 23 set. 2023.
- _____. **Tribunal de Justiça da Bahia**. Agravo Interno Cível nº 800091733.2021. 8.05.0000.1. Disponível em: <<https://www.tjba.jus.br>> Acesso em: 23 set. 2023.
- CABRAL, Ana Carolina Pereira. **Guarda de filhos e mediação familiar**: garantia de maior aplicabilidade do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. Dissertação (Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito) - Universidade de Fortaleza, Ceará, 2008. Disponível em: <https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-36590/guarda-de-filhos-e-mediacao-familiar--garantia-de-maior-aplicabilidade-do-princípio-constitucional-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 23 set. 2023.
- CARVALHO, Dimas Messias de. Direito à convivência familiar. In: IBIAS, Delma Silveira. **Família e seus desafios**: Reflexões pessoais e patrimoniais. 2 ed. Porto Alegre: IBDFAM, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

IBIAS, Delma Silveira. **Família e seus desafios**: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letra&Vida, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental - repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOLDING FAMILIAR: UMA ALTERNATIVA À SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Henrique Guaitolini

Saulo Hoffmann Prates

RESUMO

O presente estudo dedica-se ao tema das *holdings* familiares como uma alternativa à sucessão hereditária tradicional, desde aspectos propedêuticos acerca da sucessão legal prevista no Código Civil de 2002, perpassando por questões do planejamento sucessório e suas possibilidades e, por fim, adentrando na temática das *holdings*, em especial no âmbito familiar. Nessa senda, objetiva-se traçar uma comparação entre ambas as formas de sucessão, constituição da *holding* familiar e sucessão hereditária, a fim de demonstrar, de forma simples e suscinta, quais os benefícios de ambas as opções, caso possuam, bem como verificar a viabilidade da constituição de tipo de *holding* supracitada. Trata-se, portanto, de uma pesquisa de caráter bibliográfico, se utilizando de doutrinas atualizadas e de autores renomados, bem como de artigos extraídos de sites com credibilidade, a fim de proporcionar ao leitor uma visão ampla acerca da temática, para que possa adotar uma posição com segurança acerca do tema em questão. Hodernamente, muito se debate acerca das possibilidades que surgem do instituto de planejamento sucessório, em especial o mecanismo de constituição das ditas *holdings*, não podendo se olvidar que aquelas vêm ganhando espaço dentro das universidades e redutos de operadores de direito em decorrência de possíveis benefícios, ou não, que dela decorrem. Dessa forma, embora se ventile vantagens fiscais exacerbadas na constituição de *holdings* familiares, verifica-se que na realidade isso não ocorre para todos os casos. Por fim, em decorrência de estudos recentes, procurou-se prevenir o leitor acerca de condutas que podem tornar nula a constituição das *holdings* familiares.

Palavras-Chave: Planejamento sucessório; *holding* familiar; sucessão; elisão tributária.

ABSTRACT

This study is dedicated to the theme of family holdings as an alternative to traditional hereditary succession, from propaedeutic aspects regarding the legal succession provided for in the Civil Code of 2002, going through issues of succession planning and its possibilities and, finally, delving into the theme of holdings, especially within the family sphere. Along this path, the objective is to draw a comparison between both forms of succession, constitution of the family holding and hereditary succession, in order to demonstrate, in a simple and succinct way, what are the benefits of both options, if any, as well as verify the feasibility of establishing the aforementioned type of holding. This is, therefore, bibliographical research, using updated doctrines and renowned authors, as well as articles extracted from credible websites, in order to provide the reader with a broad view of the topic so that they can adopt a confident position on the topic in question. Nowadays, there is a lot of debate about the possibilities that arise from the institute of succession planning, especially the

mechanism for establishing so-called holding companies, and it cannot be forgotten that they have been gaining space within universities and strongholds of legal operators as a result of possible benefits, or not, which arise from it. Thus, although there are exaggerated tax advantages in the creation of family holding companies, it appears that in reality this does not occur in all cases. Finally, as a result of recent studies, we sought to warn the reader about conduct that could render the constitution of family holdings null and void.

Keywords: Succession planning; family holding; succession; tax avoidance.

INTRODUÇÃO

A morte é tida para muitos como acontecimento de fim da vida humana, terminando ali seus direitos e deveres junto à sociedade e/ou entes familiares, não passando de um ledo engano, pois, para o estudo das ciências jurídicas, aquela é a força motriz de diversos acontecimentos estudados pelo direito civil, em especial, a área sucessória. Diante dos eventos e efeitos que decorrem do falecimento do indivíduo, hodiernamente buscam-se meios para que a transmissão de bens do *de cuius* ocorra da melhor forma, surgindo, em convergência a isso, o dito planejamento sucessório, devendo-se, contudo, cada caso fático ser estudado para que o instituto mais adequado seja utilizado.

Dentre as possibilidades decorrentes do instituto supracitado, as *holdings* familiares vêm ganhando destaque no âmbito nacional, em virtude de vários benefícios que, supostamente, advêm da constituição dessa pessoa jurídica, em especial, a economia tributária em detrimento do processo sucessório tradicional. Assim, muito se busca acerca de tal forma de planejamento sucessório, sendo trazido por muitos como, se não a melhor, uma das melhores formas de elisão tributária para fins de evento morte.

Objetiva-se, assim, demonstrar por meio deste, por intermédio de pesquisa bibliográfica apurada, quais as reais vantagens e desvantagens, que a constituição de *holding* familiar pode trazer em relação à sucessão hereditária, que é a forma tradicional de sucessão que a lei prescreve, trabalhando desde conceitos propedêuticos, perpassando pelo planejamento sucessório no âmbito das empresas familiares, culminando num quadro comparativo expositivo das características das formas sucessórias citadas.

Assim, o tema é de suma importância para a sociedade, independente do poder aquisitivo do indivíduo, pois, dia a dia, aumenta a procura de informações e meios para a constituição das *holdings* familiares, além do fato de que, embora tenha aumentado a procura, há pessoas que não conhecem tal forma de planejamento sucessório, pelo que deveriam ser mais difundidas tais informações. Todavia, é necessário atenção, pois há desinformação por alguns meios de imprensa e de comunicação, inclusive em âmbito virtual, que pregam que o instituto supracitado seria a solução mágica para a diminuição de gastos da sucessão, sob pretexto de ser aplicada a qualquer situação, não passando de engano, pois é necessário amplo estudo de caso para que se verifique a possibilidade e viabilidade da constituição.

Em suma, buscar-se-á apresentar a *holding* familiar, dentre tantas outras formas de sucessão, como uma alternativa à sucessão hereditária tradicional, relatando algumas de suas características, vantagens e desvantagens, fazendo um tópico comparativo entre ambos os institutos, não objetivando este trabalho exaurir a temática.

1 SUCESSÃO HEREDITÁRIA: GENERALIDADES

Em território pário, embora a lei preveja tanto a sucessão legal quanto a instituída (ou testamentária), a discussão dos direitos hereditários é realizada, normalmente, *post mortem*, pois tratar de sucessão é sinônimo de tabu, tratando-se de um tema desagradável à sociedade que não admite sua finitude humana, preferindo deixar tal questão em postergação infinita (Madaleno, 2014).

De forma histórica, pode-se citar que o pedido de herança ou solicitação de direitos hereditários era visto como desrespeito ao titular dos direitos/bens, sendo tal situação, por exemplo, retratada na Bíblia, livro sagrado do cristianismo, quando Jesus – o Messias – profere a parábola do filho pródigo aos que o escutavam, dizendo que um filho havia solicitado sua parte da herança a seu pai, tendo esse concedido o pedido, muito embora a atitude do filho solicitante não fosse considerada digna nos padrões da época (Bíblia, 2004).

No Direito Brasileiro, ocorrendo a morte de um indivíduo, opera-se a abertura de sucessão, e, por conseguinte, ocorre a transmissão de todos os bens, direitos e obrigações aos seus sucessores legais ou testamentários. Destaca-se que a liberdade de testar possui limitações legais, ou seja, é relativa, devendo ser resguardada uma

parcela mínima pertencente de pleno direito aos herdeiros necessários, parcela esta denominada legítima, não obstante, todavia, a conjugação do critério legal (sucessão hereditária) e a vontade do testador, conforme art. 1.789 do Código Civil de 2002¹ (Nader, 2016).

Dessa forma, em síntese, os herdeiros serão legítimos, caso o titular dos direitos faleça sem testar (*ab intestato*), havendo ordem legal de classificação para recebimento da herança, ou poderão ser testamentários, caso o testador queira destinar parte de seus direitos a pessoa(s) alheia(s) à sucessão ordinária (Nader, 2016).

Insta esclarecer, nos dizeres de Monteiro (2003), que o direito à liberdade de testar não é absoluto, diferente do Direito Romano, tendo em vista que, no atual direito brasileiro, caso existam herdeiros necessários - *descendentes, ascendentes e cônjuge (ou companheiro)*² - a disposição do patrimônio, pela via testamentária, somente alcançará metade do montante, em respeito à legítima, conforme art. 1.789 do CC/2002³ (Brasil, 2002).

Por fim, objetivando o fechamento do tópico e para avançarmos para o planejamento sucessório, a legítima possui como fundamento os princípios da solidariedade social e familiar, conforme doutrina tradicional, com fito de prover aos descendentes, ascendentes e cônjuge (ou companheiro) uma parte mínima dos bens deixados pelo *de cuius*. Ademais, não havendo herdeiros necessários, bem como na ausência dos herdeiros facultativos e testamentários, a Fazenda Pública, conforme Rosa e Farias (2023, p. 35), “fará jus ao patrimônio residual, através do procedimento especial de herança jacente e vacante”.

2 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO NA PERSPECTIVA DAS EMPRESAS FAMILIARES

De forma conceitual, Teixeira (2022, p. 43) aduz que o planejamento sucessório “é o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.

Em linhas gerais, o instituto supracitado retrata o conglomerado de projeções realizadas por alguém em vida, visando a que, no momento de sua morte -

¹ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

²² Conforme entendimento doutrinário majoritário.

³ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

acontecimento natural e inerente a todos os seres humanos - possam seus bens/direitos serem direcionados e aproveitados de determinado modo ou a determinada(s) pessoa(s) para que aqueles possam perdurar por tempos vindouros, objetivando uma perenização do acervo deixado pelo espólio (Madaleno, 2014).

Dessa forma, o planejamento sucessório pode se manifestar de diversas maneiras, dentre elas: i) testamento, em que há a divisão dos bens/direitos de acordo com sua vontade, respeitada a legítima; ii) doação, ou partilha em vida, de modo que o titular dos bens/direitos antecipa a divisão dos bens em vida, podendo haver a reserva de usufruto vitalício em prol do doador; iii) previdência privada, ocasião em que os herdeiros receberão valores arrecadados pelo familiar que lhe deixou esse direito; e iv) holding familiar, instituto esse que será trabalhado neste artigo (Sanchez, 2022).

Além disso, Oliveira (2009) cita outras formas de planejamento sucessório, como o próprio regime de casamento, e, dentro dele, a possibilidade de celebrar o pacto antenupcial e contratos de convivência, também a constituição de *trust*, *offshore* e fundação, a própria delimitação do que é patrimônio familiar e do que é da empresa pode ser considerada como parte do instituto citado. Diante disso, percebe-se que o planejamento sucessório possui muitas facetas e possui ampla abordagem, com várias possibilidades para seus interessados.

Ainda acerca do instituto supracitado, pairam alguns mitos que necessitam ser explicados, dentre eles: I) de que só seria viável para grandes fortunas, não passando de ledo engano, haja vista que a maior parte das pessoas que procuram informação acerca do assunto possuem pequeno ou médio patrimônio; e ii) que o fato de se falar no instituto acima é sinônimo de tentativa de fraudar a legítima, que não passa de outro engano, pois busca-se realizar o referido planejamento dentro dos limites legais (Teixeira, 2022).

Feitas tais colocações, e focando no cerne da temática, dentre as vantagens que advém dessa preparação sucessória pode ser elencada a prevenção de quem receberá os bens e direitos deixados pelo titular, objetivando, assim, reduzir conflitos que possam advir, bem como fortalecimento de vínculos, manutenção e preservação dos interesses familiares e a descoberta de novos líderes (Madaleno, 2014).

Em mesmo sentido, Fleischmann e Tremain Junior, por meio da obra colaborativa de Teixeira (2022), reforçam que um dos objetivos mais proeminentes do

planejamento sucessório toca a tentativa de reduzir conflitos e disputas familiares oriundos de casamentos, divórcios e conflitos familiares, que possam afluir em decorrência do falecimento do titular/administrador da pessoa jurídica.

Continuando, Sanchez (2022) aduz, em síntese, que, além do que fora dito acima, um dos principais benefícios esperados com o planejamento sucessório é a economia, isso porque, quando realizada a sucessão de bens pela via tradicional, há incidência de ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação) a seguir recolhido, bem como os custos inerentes ao inventário e despesas cartorárias, por exemplo. Dessa forma, tenta-se reduzir a tributação dos bens, minimizar os custos e a burocracia da sucessão tradicional.

Assim, no contexto do planejamento sucessório, verifica-se que a constituição de *holdings*, ou seja, pessoa jurídica com finalidade específica de possuir ações/quotas de outras sociedades, visando o controle delas, tem ampla utilização e aplicação, haja vista os benefícios acima citados quando os bens, ou em específico empresas, a serem inventariados são de cunho familiar, objetivando a perenização e melhor aproveitamento dos bens (Madaleno, 2014).

Dessa forma, muito embora não haja um conceito unânime na doutrina, cabe conceituar que, segundo Oliveira (2006) *apud* Fulaneto (2006, p. 13):

A empresa familiar caracteriza-se pela sucessão do poder decisório de maneira hereditária a partir de uma ou mais famílias. O início desse tipo de empresa está ligado a fundadores pertencentes a uma ou mais famílias e apresenta forte interação e até, em muitos casos, inconveniente superposição entre as políticas e os valores empresariais e as políticas e os valores familiares.

Continuando, em âmbito nacional, ainda com base no que foi acima exposto, verifica-se que as sociedades limitadas são as mais comuns, em seguida as sociedades por ações, podendo ambos os tipos societários apresentarem características de empresas familiares, com forte presença do *affectio societatis*, em decorrência do vínculo pessoal existente entre os sócios (Madaleno, 2014).

Nesse sentido, ainda no âmbito das empresas familiares, destaca-se que a cultura empresarial pátria supervaloriza a pessoa do administrador societário, existindo uma ideia de que a pessoa à frente da administração é o dono solo da empresa. Todavia, isso se trata de ideia enraizada e equivocada nas empresas, sendo parte dos conflitos existentes nas sociedades empresárias atualmente, haja vista a incompreensão de que o sócio com maior número de quotas/ações, ou o próprio

administrador societário, possuí obrigações junto aos demais sócios sejam majoritários sejam minoritários (Mamede; Mamede, 2015).

Diante disso, há indivíduos que entendem ser uma desvantagem o fato de determinada empresa ser conduzida num âmbito familiar, haja vista que, conforme exposto, poderão surgir problemas que são alheios ao meio econômico, mas estritamente familiares. Todavia, o fato de a empresa ser familiar ou de cunho técnico/econômico, não define se obterá sucesso na realização de sua atividade (Mamede; Mamede, 2022).

Não obstante ao exposto, há um número preocupante quanto a tais empresas, pois, conforme 10ª Pesquisa Global sobre Empresas Familiares, estudo realizado em 2021 pela PwC Brasil (PricewaterhouseCoopers), apenas 24% (vinte e quatro por cento) das empresas de cunho familiar estão se preparando para a sucessão do negócio⁴.

Dessa forma, não se pode olvidar que se faz necessário planejamento quanto à sucessão de bens/direitos, no que diz respeito ao âmbito familiar, para que possa haver uma continuação dos negócios familiares. Assim, dentre os mecanismos adotados para o planejamento sucessório, no âmbito familiar, cita-se a *holding* familiar, cujo objetivo, em síntese, visa à perpetuação de patrimônio que fora adquirido por uma pessoa ou por um núcleo de familiares, atuando como controladora dos bens, conforme será mais adiante exposto (Teixeira, 2022).

3 HOLDING: uma visão geral

De forma conceitual, conforme Guimarães (2010, p. 372), *holding* é a “empresa que controla outras por ter maioria das ações desta. Próprio do Direito Americano, já em uso no Brasil. Sociedade Controladora”.

No âmbito do direito pátrio não existe um conceito previsto de *holding*, todavia pode-se extrair seu eixo primário do 3º do art. 2º da Lei 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), trazendo em seu bojo a finalidade daquele instituto.

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

⁴ <https://consulcamp.com.br/2022/06/21/apenas-24-das-empresas-familiares-planejam-a-sucessao/>

Assim, muito se discute a respeito das *holdings*, sua conceituação e sua finalidade no prisma societário. Desse modo, adota-se para o presente artigo o conceito de Mamede e Mamede (2022, p. 20), que expõe diferentes pontuações a depender da amplitude que se queira dar ao conceito.

Holding (ou *holding company*), em sentido estrito, é uma sociedade que detém participação societária em outra ou de outras sociedades, tenha sido constituída exclusivamente para isso (sociedade de participação). Em sentido largo, é uma sociedade patrimonial, ou seja, pessoa jurídica constituída para ser a titular de um patrimônio.

Sob outro aspecto, *holding* pode ser vista como uma posição filosófica, uma atitude empresarial, tendo uma perspectiva voltada para dentro, bem como pode ser entendida como o elo que une o empresário e seus familiares e os bens/direitos que possui. Nela busca-se a produtividade das empresas por ela controladas ou que possuem com ela coligação, não visando a um produto em específico (Lodi; Lodi, 2012).

Continuando, no mesmo sentido, Tomazette (2023, p. 276) aduz que “[...] nas *holdings*, o resultado obtido decorre primordialmente dos investimentos realizados em outras sociedades e não do exercício de uma atividade produtiva”.

Muito embora haja doutrinadores que suscitem diversos posicionamentos acerca dos tipos de *holdings* existentes na atualidade, a exemplo de Marlon Tomazette⁵ (2023), adotar-se-á no presente artigo a visão de Mamede e Mamede (2022) que classificam as *holdings* como sendo: i) *holding* pura; ii) *holding* mista; e iii) *holding* patrimonial ou imobiliária.

Acerca da *holding* pura, segundo Mamede e Mamede (2022), há quem faça distinção, dentro desse tipo, entre: i) *Holding* de controle; e ii) *Holding* de participação. Esta é constituída, em síntese, para ser titular de ações e/ou cotas de sociedades, sem necessariamente possuir controle da sociedade, em contrapartida, aquela é constituída com fito de controlar a sociedade por meio de ações e/ou cotas suficientes para tal ato.

Há também, dentro desse contexto, a possibilidade de que a *holding* pura possa ser de organização e/ou administração quando seu objetivo for, além da participação

⁵ Em sua obra, o doutrinador apresenta, numa breve síntese, como existentes dois tipos de *holdings*: i) pura; e ii) mista.

societária, a centralização da administração das atividades das sociedades em que tenha participação, por ela controladas ou não (Mamede; Mamede, 2022).

Já a *holding* mista, exerce participação societária em outras sociedades, sendo esta sua atividade principal, todavia, também desenvolve atividades produtivas visando à lucratividade, ou seja, uma atividade econômica produtiva de fato (Tomazette, 2023).

Por fim, Mamede e Mamede (2022, p. 24) definem *holding* patrimonial como sendo “sociedade constituída para ser proprietária de determinado patrimônio. É chamada de sociedade patrimonial”. E, em seguida, definem *holding* imobiliária como “tipo específico de sociedade patrimonial, constituída com o objetivo de ser proprietária de imóveis, inclusive para fins de locação”.

Quando se aduz acerca das *holdings* familiares não se está tratando de um tipo específico, mas da existência de uma *holding* em contexto determinado, ou seja, no âmbito das famílias. Para isso, pouco importa tratar-se de *holding* pura, mista ou patrimonial. Basta ser aplicado um planejamento por membros de determinada família, visando a tratar de problemas quanto a organização, administração, redução tributária, com fito de melhor aproveitamento dos bens familiares (Mamede; Mamede, 2022).

Assim, conforme Ribeiro *et al.* (2013) *apud* Madaleno (2014, p. 210), as *holdings* familiares possuem o mesmo *animus* das *holdings* patrimoniais, “porém visa a separar grupos familiares quando se encontram em negócios comuns, evitando conflitos familiares e protegendo os negócios operacionais”. Diante disso, explanadas algumas características das *holdings* e seus tipos, se passará a tratar da comparação entre sucessão da forma tradicional e sucessão por *holding* familiar.

4 COMPARAÇÃO ENTRE AS POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO POR HERANÇA E POR HOLDING FAMILIAR

Quando ocorrida a morte do *de cujus*, titular de direitos e deveres, seus respectivos herdeiros possuem o prazo legal de 2 (dois) meses, em conformidade com o art. 611 do CPC⁶, para iniciar o processo de inventário ou providenciar a celebração de escritura pública para a transferência dos direitos e deveres deixados pelo falecido.

⁶ Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

A inobservância do prazo referido não faz precluir o direito do herdeiro, todavia apresenta implicação tributária com a ocorrência de multa que incidirá no imposto a ser recolhido na transmissão dos respectivos direitos (Coelho, 2022).

Continuando, em conformidade com o art. 1.785 do CC/2002⁷ em comunhão com art. 48 do Código de Processo Civil de 2015⁸, o último domicílio do falecido define a jurisdição competente para a abertura da sucessão. Todavia, insta salientar que, no caso de realização de inventário extrajudicial, sem interferência do poder estatal, poderá ser lavrada a escritura pública em qualquer cartório do território nacional, sem a necessidade de observância da regra supracitada (Rosa; Farias, 2023).

Feitas as devidas ponderações, no caso de herança, o fato gerador da incidência do tributo de ITCMD é a morte, conforme art. 1.784 do CC/02. Cabe salientar que, em se tratando de imposto estadual, cada estado possui liberdade para organizar suas alíquotas, podendo ser fixa ou progressiva, hipótese aceita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do RE 562.045/RS (Mazza, 2023).

A exemplo do que fora dito, o estado do Espírito Santo⁹ possui alíquota fixa de ITCMD de 4% (quatro por cento), em contrapartida, o estado de Pernambuco¹⁰, onde o imposto é ICD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos), a alíquota é progressiva variando de 2% (dois por cento) a 8% (oito por cento), a depender do valor do patrimônio.

Fora o exposto, deve-se salientar que, em cenário hipotético, em que haja o falecimento de pessoa que possua uma empresa como parte do patrimônio e diversos herdeiros, haverá alguns desafios a serem enfrentados, dentre eles: I) como se dará a administração da empresa enquanto perdurar o inventário, haja vista que os atos inerentes à gestão estarão ligados ao processo sucessório em tramitação; e II) possivelmente ocorrerá entre os herdeiros disputa por seus quinhões do patrimônio (Mamede; Mamede, 2022)

Em comparação, temos a figura da *holding* familiar, situação que, conforme Parreira (2023), “os bens da família são transferidos para a empresa, e os membros da família passam a ser sócios da *holding*, detentores de cotas ou ações”. Assim, a

⁷ Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

⁸ Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

⁹ Vide Lei Estadual do Espírito Santo de n.º 10.011 de 2013.

¹⁰ Vide Lei Estadual de Pernambuco de n.º 13.974 de 2009.

transmissão dos bens ocorre por meio de doações de cotas ou ações pelo patriarca da família a seus herdeiros, bem como, quando da ação - *doação* - transmissão das cotas ou ações, faz-se possível a inclusão de cláusulas visando a proteção do patrimônio da família (Parreira, 2023).

Em síntese, *holding* familiar é uma sociedade, pessoa jurídica, em que seu corpo societário é composto por pessoas da mesma família com objetivo específico de administrar os bens familiares que outrora eram de titularidade das pessoas físicas (Sanchez, 2022).

As possíveis vantagens visadas nas *holdings* familiares, conforme Mauricio (2022) podem ser, em síntese, discriminadas em: I) proteção patrimonial; II) elisão tributária; e III) sucessão patrimonial e perpetuação dos bens familiares.

Sob a perspectiva da elisão fiscal, deve-se atentar que alguns estados concedem isenção e/ou redução de ITCMD para as doações realizadas *inter vivos* até determinada monta, bem como por doações realizadas por testamento. Ainda, é possível a redução e/ou eliminação do ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis) e IR (Imposto de Renda) na situação de uso de lucro presumido, inerentes as pessoas jurídicas, em casos de ganhos de capital até o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) mês, além da vantagem de ser possível o fracionamento de doação de cotas/ações da *holding* ao longo do tempo, ocasionando o pagamento, também fracionados, dos devidos tributos, com fito a aproveitar as faixas de redução do imposto, até mesmo de isenção (Parreira, 2023).

Vale mencionar que, quando iniciado o processo de inventariança, o valor do tributo de ITCMD a ser recolhido será calculado utilizando como base o valor atribuído às cotas ou ações da empresa, e não o valor dos bens que sejam de propriedade da empresa dita *holding* familiar (Parreira, 2023).

Na hipótese de não haver negócios de família, mas grande patrimônio de imóveis que resultem em aluguéis, a constituição da *holding* patrimonial familiar é uma opção, pois o IR, que possui alíquota progressiva, que incide sobre os rendimentos da pessoa física facilmente chega aos 27,5% (vinte e sete e meio por cento)¹¹, em comparação se esse imóvel pertencesse a *holding* a carga tributária giraria em torno de 12% (doze por cento). Ainda, no que tange aos ganhos de capital, caso o imóvel seja de propriedade da *holding* familiar a alíquota pode chegar a 7% (sete por cento),

¹¹ <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/meu-imposto-de-renda/tabelas/2023>.

enquanto se for de pessoa jurídica é de, no mínimo, 15% (quinze por cento) (Mauricio, 2022).

Ainda sobre planejamento fiscal, aduz Mamede e Mamede (2022, p. 130) que

resultado fiscal pode ser vantajoso ou não, conforme o caso e, principalmente, conforme a engenharia que seja proposta para estrutura societária. Portanto, não é correto ver a constituição de uma holding familiar como a solução para todos os problemas, e principalmente, uma garantia de recolhimento de menos tributos. Não é assim. É indispensável a avaliação por um especialista que, para em cada situação, faça uma avaliação dos cenários fiscais para definir, em cada caso, qual é a situação mais vantajosa, sendo possível que, no fim das contas, a constituição da *holding* se mostre desaconselhável por ser mais trabalhosa e onerosa. Isso pode decorrer, inclusive, da incidência de tributos a que a pessoa natural não está submetida, como a Confins e o PIS.

Ainda, engana-se quem acredita que a função precípua da *holding* familiar é a elisão fiscal, sendo desaconselhável caso se paute somente sob esse prisma, mas tal sociedade se mostra de grande valia quando se busca a perpetuação do patrimônio familiar. O exposto, todavia, não incentiva que seja negligenciado o devido estudo tributário, podendo haver casos em que, de fato, haja reais vantagens (Teixeira, 2022).

Finalizando este tópico, sobre a tentativa de proteção patrimonial, em observância à legislação pátria, não existe blindagem totalmente eficaz no Brasil levando em consideração o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, bem como a Desconsideração Inversa, que objetivam o desfazimento de conluios patrimoniais que visem prejudicar terceiros por meio de práticas ilícitas (Sanchez, 2022).

5 CONCLUSÃO

Como descrito, a morte é fator biológico e natural inherente a todos seres dotados de vida, não sendo uma exclusividade humana, mas inherente a toda criação, não podendo se negar tal verdade.

Não obstante a isso, o tabu em que estava envolto a tal questão vem se dissipando, e muitas pessoas, das mais variadas classes sociais e redutos da sociedade, vêm procurando informações acerca de planejamento sucessório e seus respectivos benefícios em comparação aos mecanismos tradicionais de sucessão.

Dentre as possibilidades de planejamento apresentadas neste artigo, destaca-se a constituição de *holdings*, cujos tipos e características já foram abordados e destrinchados dentro das limitações do presente.

Dentro da temática abordada, as *holdings* familiares vêm ganhando destaque em âmbito nacional pela sua alta procura, já possuindo importante doutrina sobre o tema, mas há muito a se desenvolver acerca do instituto para seu aprimoramento, bem como reconhecimento legal de tal situação. Recentemente, em um caso que gerou repercussão midiática nacional, a atriz Larissa Manoela revelou que constituiu uma *holding* familiar¹² para administração de seu patrimônio adquirido, demonstrando que até mesmo pessoas com grande influência midiática se tornaram adeptas desse mecanismo.

Todavia, faz-se necessário atentar-se para as condutas que podem ocasionar a invalidade da constituição das *holdings* familiares, como bem aponta Tartuce e Bunazar (2023) em artigo recentemente publicado por eles. Dentre as pontuações realizadas, deve-se primar pelas funções precípuas da criação das *holdings*, em especial no âmbito familiar, pois caso sejam constituídas em prol de objeto ilícito, serão maculadas pela nulidade, conforme art. 166, II, do CC/02, bem como cita a prática de simulação como fatos suficientes para ensejar a sua invalidação.

Assim, restará ao interessado no processo de planejamento sucessório estudar a viabilidade de qual instituto será mais proveitoso para os fins que deseja, lícitos por sinal, seja a *holding* ou qualquer outro meio que melhor lhe prover.

Por fim, salienta-se que para a constituição das *holdings*, em especial no âmbito familiar, são necessários estudos acerca dos ônus e bônus, bem como de benefícios de sua utilidade, inerentes à constituição dessas pessoas jurídicas, pois, muito embora seja uma ferramenta muito interessante e que venha ganhando espaço, não é dotada de magia para resultar em benefícios instantâneos e garantidos (Mamede; Mamede, 2022)

REFERENCIAS

BÍBLIA. **Bíblia de Jerusalém.** São Paulo: Paulus, 2004. 2206p.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.**
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.
Acesso em: 30 ago. 2023.

¹² <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/08/15/larissa-manoela-entenda-o-que-e-uma-holding-familiar-e-por-que-ela-tem-se-popularizado.shtml>

_____. **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil.
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

_____. **Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRETTAS, Pollyanna. Larissa Manoela: entenda o que é uma holding familiar e por que ela tem se popularizado. **O Globo**, Rio de Janeiro, 15/08/2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/08/15/larissa-manoela-entenda-o-que-e-uma-holding-familiar-e-por-que-ela-tem-se-popularizado.ghtml>. Acesso em: 30 ago. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

FULANETO, Isabela Piedade. **Empresa familiar**: análise e reflexão. 2009
Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0611260256.pdf>.
Acesso em: 30 ago. 2023.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 2010.

LODI, Edna P.; LODI, João B. **Holding**. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2012.

MADALENO, Rolf. **Planejamento sucessório**. 2014. Disponível em
<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/299.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2023.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda C. **Holding familiar e suas vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. Bauri: Atlas, 2022.

_____. **Planejamento sucessório**: introdução à arquitetura estratégica - patrimonial e empresarial - com vistas à sucessão causa mortis. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

MAURICIO, Angelo Martins. **Breves comentários sobre holding familiar**. 2022.
Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/374664/breves-comentarios-sobre-holding-familiar>. Acesso em: 31 ago. 2023.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2023.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 6**: direito das sucessões. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

OLIVEIRA, Jane Resina F. de. **Importância do Planejamento Sucessório**. 2009.
Disponível em: <https://portaltudoemfamilia.com.br/site/importancia-do-planejamento-sucessorio/>. Acesso em: 09 ago. 2023.

PARREIRA, Lucas. **Como reduzir o imposto sobre a herança com a holding familiar**. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/392318/como-reduzir-o-imposto-sobre-a-heranca-com-a-holding-familiar>. Acesso em: 28 ago. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da; FARIA, Cristiano Chaves de. **Direito das sucessões na prática**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SANCHEZ, Júlio C. **Inventário, partilha de bens, holding, planejamento sucessório e testamentos de A a Z**. Leme: Mizuno, 2022.

TARTUCE, Flávio; BUNAZAR, Maurício. **As "holdings familiares" e o problema da invalidade - Parte I**: fraude à lei e simulação. 2023. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/390517/as-holdings-familiares-e-o-problema-da-invalidade>. Acesso em: 08 ago. 2023.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Tomo I.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. v.1. São Paulo: Saraiva, 2023.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E A SUCESSÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Marina Rossati Strutz

Alfredo Lampier Júnior

RESUMO

Diante da crescente evolução tecnológica, científica e medicinal, surgiram técnicas inovadoras quanto à reprodução assistida, a fim de garantir a quem, por qualquer motivo, não possa, naturalmente, ter acesso à paternidade e à maternidade, considerando também, as próprias mudanças sociais. Os referidos avanços trouxeram à baila, a possibilidade de realização da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Ocorre que o legislador, quando da elaboração, ateve-se a considerar os filhos já concebidos à época da abertura da sucessão, quando da elaboração do capítulo que trata da vocação hereditária no Código Civil de 2002, olvidando-se dos que, diante das possibilidades conceptivas atuais, os posteriores a tal momento. Nessa perspectiva, o objetivo deste trabalho é analisar o direito dos filhos concebidos em inseminação artificial homóloga *post mortem*, observando a omissão legal do Código Civil de 2002 e seus reflexos no direito sucessório, utilizando-se, para isso, da análise da jurisprudência atual e da doutrina, tendo em vista a falta de entendimento pacífico sobre o tema.

Palavras-chaves: Inseminação artificial homóloga; Direitos sucessórios; Consequência Jurídica.

ABSTRACT

In the face of increasing technological, scientific and medical developments, innovative techniques have emerged with regard to assisted reproduction, in order to guarantee those who, for any reason, cannot, of course, have access to paternity and maternity, taking into account also the social changes themselves. The aforementioned advances brought to the ball, the possibility of performing homologous artificial insemination post mortem. It turns out that the legislator, when drafting it, used to consider the children already conceived at the time of the opening of the succession when drawing up the chapter dealing with the hereditary vocation in the Civil Code of 2002, forgetting those who, in the face of the present conceptual possibilities, those after that time. In this perspective, the aim of this work is to analyze the right of children conceived in homologous artificial insemination post mortem, noting the legal omission of the Civil Code of 2002 and its reflections in inheritance law, using the analysis of current jurisprudence and doctrine in view of the lack of peaceful understanding on the subject.

Keywords: Homologous artificial insemination; succession laws; law consequence.

INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa com o intuito de, diante da grande insegurança jurídica caracterizada frente ao direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, ou seja, concepção que se deu em momento posterior à abertura da sucessão, que vai de encontro com a disposição do artigo 1.798, do Código Civil¹, sendo notória a referida incongruência, da leitura da letra do próprio artigo.

Isso porque, não obstante os termos do inciso I, do artigo 1.799 do mesmo Código², são reconhecidos, também, como filhos, os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido um dos cônjuges, como se extrai do inciso III, do artigo 1.597, também do Código Civil de 2002³. Ou seja, de breve análise nota-se a lacuna legislativa (Brasil, 2002).

Ainda, a presente discussão visa entender a possibilidade de o filho póstumo, ingressar com petição de herança, com a intenção de buscar sua parte no quinhão hereditário deixado pelo genitor falecido, sem o prejuízo que poderá lhe ser causado diante do *Princípio de Saisine*, visto que, sua concepção pode se dar a qualquer tempo depois de aberta a sucessão, inclusive anos depois.

Há de se delimitar, também, o objeto deste estudo, considerando as peculiaridades dos métodos de reprodução assistida, dividindo-se em heterólogas e homólogas, em que as primeiras utilizam material genético de terceiro desconhecido, e a segunda de material do próprio casal. Pode esta última ser desmembrada entre os embriões excedentários e os concebidos *post-mortem*, sendo, os segundos, o foco da presente pesquisa.

Insta mencionar que adotaremos o vocabulário “falecido o cônjuge” ou “genitor”, ante a possibilidade de tratar-se, no caso concreto, de embriões homologamente fecundados na constância de uniões homoafetivas, prática atualmente que se faz muito comum.

O entrave jurídico que se pretende analisar, portanto, consiste nos direitos sucessórios do filho póstumo, ante a omissão da lei infraconstitucional, a fim de que

¹ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

² Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...].

³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

se possa responder se o filho advindo de inseminação artificial homóloga *post-mortem* possui lugar como sucessor nas disposições do ordenamento pátrio.

Nesse sentido, são percebidas, atualmente, três correntes doutrinárias. A primeira entende que o direito do herdeiro concebido posteriormente à sucessão deverá estar disciplinado em testamento. A segunda defende que, constitucionalmente, o referido tem seus direitos protegidos como sucessor legítimo. E a terceira, por sua vez, entende não serem legítimos à herança os herdeiros que forem gerados em momento pós-morte.

Considerando, nessa perspectiva, estar, a referida questão, em diversas ações pendentes de desfecho no Poder Judiciário, tendo em vista a ausência de pacifidade do tema, e, ainda, diante da possibilidade de supressão dos direitos inerentes ao sucessor póstumo, é que se dá a necessidade da análise do tema.

1 A FILIAÇÃO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A princípio, insta tecer breves considerações conceituais acerca da reprodução medicamente assistida, que poderá se dividir em duas espécies, quais sejam, a inseminação artificial e a fertilização de proveta, conhecida, também, como fertilização *in vitro* (FIV) (Scalquette, 2009).

A reprodução assistida surgiu não só diante da grande realidade de infertilidade e esterilidade que assolam diversas pessoas pelo mundo, mas também, a possibilidade de produção independente por pessoas solteiras, bem como o direito de paternidade ou maternidade dos casais homossexuais.

Por tal entendimento, diz Azevedo (2006, p.69) que a reprodução humana assistida é um conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e proporcionar o nascimento de uma nova vida.

Nesse contexto, ainda, é importante dizer que a inseminação artificial não está inserida em um contexto recente. Ela se desenvolve desde 1970, quando, na Inglaterra, ocorreu o primeiro caso de inseminação homóloga. Portanto, desde o final do século passado que as técnicas de reprodução assistida passaram a ser mais desenvolvidas.

E é interessante como, logo na redação do Código Civil de 2002, ou seja, no início deste século, quando ainda eram motivo de estudos clínicos as técnicas

referendadas, o legislador preocupou-se em delimitar como filhos aqueles havidos por fecundação artificial homóloga ou heteróloga, como dispõem os incisos III, IV e V, do artigo 1.597⁴.

Nesse ponto, importa conceituar a diferença entre a reprodução assistida homóloga e a heteróloga, que é bem simples, como destaca Silvio Rodrigues:

Em um breve conceito, somente para que haja a identificação das expressões, a inseminação artificial homóloga é aquela feita com o material genético do próprio casal (cônjuges) e a heteróloga é a fecundação realizada com sêmen de terceiro, onde são aproveitados os embriões que excederem ao ser realizada a fertilização in vitro (Rodrigues, 2004, p. 314).

Ou seja, a reprodução assistida poderá se dar com o material genético do próprio casal, de forma homóloga, ou com o material fornecido por terceiro estranho à relação, de forma heteróloga.

Portanto, menciona-se que o Código Civil foi muito categórico no momento em que não só reconheceu como filhos os advindos de reprodução assistida, mas também os provenientes de reprodução homóloga como heteróloga.

Isso porque, o referido Código considera como principal fator, ao delimitar quem são filhos, o afeto, ou seja, o desejo do casal ou da pessoa a quem aqueles pertencem.

É o que entende a Constituição da República de 1988, que prescreveu como princípios norteadores do Direito de Família, o da igualdade entre todos os filhos e da dignidade da pessoa humana, não podendo mais haver distinções entre os filhos, independentemente de como tenha se dado a sua concepção. A referida alegação é perfeitamente expressa pela letra do artigo 227, parágrafo 6º da CF/88, que diz: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (Brasil, 1988).

Nesse sentido, temos as palavras da ilustre Dra. Maria Helena Diniz⁵:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida, podendo ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618) ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e

⁴ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial (Diniz, 2017, p. 503-504).

E, ainda, Hironaka (2000), entendeu que, a partir do momento em que o afeto foi considerado o fator determinante para a caracterização da filiação, “a Constituição provoca uma revolução não apenas normativa, mas de mentalidade humana” (Hironaka, 2000).

Portanto, diante de todo o exposto até o momento, podemos aferir que o Código Civil de 2020, em consonância com o entendimento exarado pela Constituição Federal de 1988, em sua redação, diante do critério afetivo, abraçou as diferentes formas de se ter um filho, entretanto, não se preocupou com as possíveis implicâncias nas demais searas cíveis, como a sucessória, que veremos a seguir.

2 A SUCESSÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A princípio, insta mencionar que, nas palavras de Venosa (2008, p. 12) “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”. Nesse sentido, afirma-se que a sucessão é uma relação jurídica onde ocorre a transferência de titularidade, seja por ato *intervivos* ou *causa mortis*, em que o referido sucessor atrai para si os direitos e deveres que recaíram sobre os bens adquiridos.

Assim, na mesma perspectiva, o direito sucessório tem o papel de estabelecer, dentro do nosso ordenamento jurídico, as regras que irão regulamentar a transmissão do patrimônio do *de cuius* aos seus sucessores, por consequência de lei ou de testamento, dividindo os sucessores, portanto, em legítimos ou testamentários.

Importa delimitar, também, que o “patrimônio” deixado, trata-se da herança, que valerá como universalidade de bens, direitos e deveres patrimoniais. Portanto, é todo o conjunto de relações jurídicas, em que não obsta se o *de cuius* era sujeito ativo ou passivo.

Esclarecidos os conceitos retomencionados, atendo-nos à análise do artigo 1.784, do Código Civil de 2002⁶, entende-se, no ordenamento jurídico brasileiro, que a sucessão, a princípio, ocorre quase que de maneira imediata e se delimita àqueles

⁶ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

sucessores vivos no momento da abertura, conforme consta o art. 1.798 do sobredito Código.⁷

A transmissão de forma imediata da herança, se dá em função da adoção do Princípio de *Saisine*, que, nas palavras de João Manoel de Carvalho,

“É uma ficção jurídica que determina a passagem do patrimônio sucessível do falecido para seus herdeiros legítimos e testamentários, automaticamente, sem a exigência de qualquer ato por parte desses e até se os mesmos desconhecerem o evento morte ocorrido com o transmissor. É uma transmissão incontinenti e por força de lei” (Carvalho, 1991).

Todavia, a própria legislação excetua o caso do art. 1.798, possibilitando a participação do sucessor ainda não concebido (regramento do art. 1.799, inciso I do Código Civil)⁸ por meio de expressão testamentária, havendo ainda uma espera de dois anos pela concepção do herdeiro indicado pelo *de cuius* em seu testamento⁹.

Existem outros artigos mais que disciplinam sobre o direito sucessório, contudo é importante manter a objetividade. Os artigos supracitados além de expressarem a lacuna legislativa quanto à concepção *post mortem*, nos trazem outro panorama: o art. 1.799, inciso I do Código Civil traz consigo uma hipótese que pode ser utilizada de maneira analógica para os herdeiros concebidos após a morte do sucedido.

Entretanto, não há a devida limitação quanto à permissão para a concepção dos filhos após a morte de um dos genitores, o que abre uma lacuna que vem sendo discutida jurisprudencial e doutrinariamente.

3 TEORIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A CONCEPÇÃO POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO

Diante da ausência de disciplina sobre o assunto ora discorrido, vários autores¹⁰ já se adiantaram e discutiram sobre o tema, criando teorias, as quais levam em conta dispositivos e princípios legais pré-existentes para formação de seus argumentos.

⁷ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

⁸ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

⁹ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: [...] § 4º o Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

¹⁰ A exemplo: BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa; BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick.

São três teorias, as quais podemos nomear: (i) testamentária; (ii) constitucional; e (iii) ilegitimidade.

A teoria testamentária se resume em alegar que o sujeito concebido após a morte de um de seus genitores deve ter seus direitos sucessórios garantidos, uma vez que, diante da autorização expressa do falecido para o uso de seu material com a finalidade de utilizá-lo para fertilização deve ser respeitado, contudo, conforme pontuado, deve haver autorização expressa. Sem esta, começam a pairar dúvidas sobre a real vontade do *de cuius*.

É o que explica Maria Berenice Dias, quando diz:

[...] O consentimento é retratável até a concepção, depois não mais. Quando foi autorizada a fertilização post mortem, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório. Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu por expresso consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida (Dias, 2015).

Nesses termos, entende-se, de breve análise, que a autorização expressa é requisito formal objetivo fundamental para a construção da legitimidade do herdeiro concebido.

Na mesma perspectiva da referida teoria, é o que vem entendendo a dominante jurisprudência pátria, inclusive o STJ – Superior Tribunal de Justiça – que, em junho de 2021, adotou o posicionamento da impossibilidade de implantação de embriões após a morte de um dos cônjuges sem a manifestação expressa, inequívoca e formal.

Entendendo, ainda, o Tribunal da Cidadania, que a autorização constante nos formulários assinados para a contratação dos serviços junto às clínicas de inseminação, não é instrumento hábil a afastar a necessidade de haver ciência em testamento. Observe:

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL. [...] 8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização

de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade. 9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas. 10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito. 11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético *post mortem*. 12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia. 13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo. 14. Recursos especiais providos. – (STJ - REsp: 1918421 SP 2021/0024251-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 08/06/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2021. STJ, 2021).

Observe-se que, inclusive, o entendimento que defende essa doutrina majoritária, já era o exposto no revogado Código Civil de 1916, que asseverava a necessidade de constar-se em testamento a vontade de que terceiro, ainda não nascido, pudesse suceder o testador. Veja:

Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão (Brasil, 1916).

Não obstante, atualmente, tal entendimento é também o que se extrai, por exemplo, da Resolução CFM nº 2.168/2017, que prevê a possibilidade da realização da reprodução assistida *post mortem*, porém, com a condição inafastável de existência de autorização prévia e específica do falecido para que possa haver o uso de seu material biológico preservado.

E, no mesmo sentido, ainda, é o provimento nº 63, artigo 17, §2º, do CNJ – Conselho nacional de Justiça, que estabelece a necessidade de autorização prévia expressa e específica para que seja utilizado material genético *criopreservado*, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Em contrapartida, quanto à legislação vigente e ao entendimento jurisprudencial, quando tratamos da teoria constitucional, percebemos que a mesma em muito se assemelha à teoria testamentária, contudo, seus argumentos são, como o próprio nome sugere, mais pautados nos direitos constitucionais dos sujeitos, principalmente daquele concebido, pautando-se na dignidade, e na proibição de distinção.

Isso, porque a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que deverão ser observados os princípios gerais do direito, quando se fizer omissa a lei: *“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”*

Dito isso, entende a teoria constitucional que, de fácil análise, diante da lacuna da lei sobre a inseminação “post mortem”, há de se observar e respeitar os princípios expostos na Constituição Federal, até porque, de regra, nenhuma espécie de técnica poderá ir de frente à dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, dentre vários outros princípios trazidos pela Carta Magna.

Além disso, ainda, a teoria afirma que a Constituição deverá ser o principal pilar a fim de alcançar a resolução de qualquer litígio que possa surgir quando falamos sobre inseminação artificial “post mortem”, bem como, para regulamentação do tema.

Lôbo (1989) explicita isso ao dizer que qualquer possibilidade de tratamento diferenciado ao filho concebido após a morte, principalmente aquelas diferenças vistas como prejudiciais, afetariam de modo direto o princípio da igualdade, isso porque, segundo o autor, há de se considerar, analogamente, a proteção equânime, que se vê da disposição do §8º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, que diz:

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família **na pessoa de cada um dos que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. – **grifo adrede** (Brasil, 1988).

Não obstante, no mesmo sentido, considera-se, em muito, o princípio do Planejamento Familiar, previsto no §7º, do artigo 226, da Constituição Federal¹¹, que, de forma muito simples, todo cidadão brasileiro tem direito a ser assistido pelo Estado na concepção, contracepção e educação sexual. Ou seja, o Estado não poderá intervir

¹¹ § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

na decisão de alguém ter ou não um filho, até porque o planejamento familiar é dotado de liberdade, como se extrai da análise do artigo 2º, da Lei 9.263/96, *in verbis*:

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 (Brasil, 1996).

Há de se dizer também, que a referida teoria considera, de base, o princípio da paternidade responsável, que estabelece ser dever de ambos os genitores sustentar, educar e guardar seus filhos, sendo corroborado pela Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, que afirma ser direito da criança saber quem são seus pais e ter deles os devidos cuidados a ela necessários.

A referida responsabilidade, portanto, ultrapassa os limites do núcleo da família. É o que diz Rodrigo da Cunha Pereira:

O princípio da paternidade responsável ultrapassa os limites do núcleo familiar, transformando o Estado como o principal interessado, uma vez que é um princípio de viés político e social, e, na hipótese de uma ação descuidada poderá gerar danos não só para a entidade familiar, como também para a sociedade (Pereira, 2012, p. 243).

Para a teoria, portanto, proibir o acesso à sucessão do herdeiro concebido por inseminação artificial *post-mortem*, além de prejudicial, esbarraria em diversos princípios constitucionais protegidos pela Carta Magna, além de ser um norteador para outras legislações, e, também, iria de frente à responsabilidade do próprio Estado com a garantia de proteção à criança e ao adolescente.

As teorias testamentária e constitucional possuem visões convergentes, tendo como diferencial tão somente o enfoque de sua base argumentativa. Ambas as teorias indicadas buscam a proteção do melhor interesse da criança, a aplicação da igualdade entre todos, bem como a proteção da autonomia de vontade das partes.

Por fim, a teoria da ilegitimidade se pauta na letra da lei do anteriormente citado art. 1.798 do Código Civil. É basicamente dizer que somente são legítimos para suceder os já nascidos ou concebidos no momento da morte do *de cuius*, ou aqueles nascidos posteriormente, mas de pessoas que pelo de cuius foram expressamente nomeadas (Aguiar, 2005).

Baseia-se, também, no teor do artigo 1.788, do Código Civil, entendendo que com a ausência de um testamento, ou seja, de manifestação expressa, somente a lei

será capaz de presumir a vontade do *de cuius*, deixando seu patrimônio para os familiares próximos, sanguíneos ou conjugais como já se faz, na ordem que melhor os legitimar, descrita no bojo do artigo 1.829 do mesmo código.

O entendimento, portanto, é diverso, entretanto, muito se assemelha à necessidade formal que prega a teoria testamentária, como anteriormente demonstrado.

Entretanto, fato é que esta última teoria apresentada possui tendência a ser minoria, uma vez que, conforme destacado em tópico anterior deste artigo, o próprio Código Civil traz uma exceção à regra que ela pretende propor ao descrever o art. 1.799, inciso I.

4 CONCLUSÃO

Somando os entendimentos publicados pelos doutrinadores e pesquisadores, ainda a própria jurisprudência, bem como em comparação à legislação pátria no que tange à proteção dos direitos individuais, coletivos, da criança e do adolescente, da família, dentre outros, é possível concluir que, apesar da contradição legislativa, o que se pode perceber é uma crescente no sentido de reconhecer a legitimidade dos filhos concebidos após a morte no que tange ao direito sucessório, desde que haja expressa permissão neste sentido.

Ademais, apesar do silêncio, o Código Civil de 2002 trouxe consigo um artigo que já é utilizado como referência e analogia ao caso discutido: o art. 1.799, inciso I, o qual abre a possibilidade de incluir entre os sucessores o filho ainda não concebido de terceiros.

A inclusão do herdeiro concebido após a morte do sucedido seria a mais clara forma de garantir os direitos do indivíduo concebido, obedecendo ainda os ditames civis sobre direitos da personalidade. Ademais, a manifestação de vontade do falecido seria resguardada, respeitada e cumprida.

O importante é frisar que o legislador deve se ater às formalidades necessárias ao ato, evitando que a concepção do “novo herdeiro” se dê por ato de vontade unilateral.

O sobredito posicionamento reforça a tendência em aceitar as diversas modalidades de constituição da família, sem deixar de se adequar aos casos mais

modernos cuja ascensão acompanha as mudanças e inovações sociais, culturais e tecnológicas.

No entanto, torna-se necessário pontuar que a ausência de leis que limitem o artigo 1.779, I, do Código Civil até a presente data (ano de 2023) demonstra uma lentidão legislativa em atuar sobre temas agora presentes, vindo a causar insegurança jurídica e abarrotamento do judiciário com demandas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução assistida. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA Roberto Senise (orgs). **Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução humana assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial post mortem no direito brasileiro. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick. (orgs). **Direito de família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL, **Código Civil**, 1916. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

_____. **Código Civil**, 2002. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

_____. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm. Acesso em: 01 nov. 2023.

_____. **Decreto de Lei nº 4.657/42**, 1942. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657complido.htm. Acesso em: 01 nov. 2023.

_____. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 01 nov. 2023.

CARVALHO, João Manoel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**: principalmente do ponto de vista prático. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1991. p. 91.

CFM, **Resolução de nº 2.168/2017**. Disponível em:
www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362. Acesso em: 01 out. 2023

CNJ. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 04 nov. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 117-118.

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

FREITAS, Adilson Ferreira et al. **Direitos sucessórios decorrentes de inseminação artificial post mortem.** 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/233063>. Acesso em: 31 out. 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento.** 2000. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1798/O+direito+sucess%C3%B3rio+dos+filhos+concebidos+por+insemina%C3%A7%C3%A3o+hom%C3%B3loga+post+mortem>>. Acesso em: 31 out. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988.** São Paulo, Saraiva, 1989, p. 53-81.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil:** direito de família: volume 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida.** 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-08032010-095921. Acesso em: 01 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **REsp: 1918421 SP 2021/0024251-6,** Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 08/06/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2021). 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_titulo=integra&documento_sequencial=149921772®istro_numero=202100242516&periodo_numero=202100791976&publicacao_data=20220420. Acesso em: 31 out. 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO SEM VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO E DO HOSPITAL POR ERRO DECORRENTE DE CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA

Sílvio Justino Inácio
Alfredo Lampier Junior

RESUMO

O presente artigo trata do instituto da responsabilidade civil do médico e do hospital, na perspectiva da relação jurídica consumerista. Tem por objetivo examinar as distintas espécies de fornecimento de serviços hospitalares, com o propósito de delinear se se aplica ou não a regra da responsabilidade civil objetiva, em situações em que os serviços médicos não são prestados diretamente ao paciente, pelo ente hospitalar. Diante da divergência que permeia o tema, o estudo propõe confrontar a responsabilidade do médico, mediante a verificação de situações e as suas consequências, quando o referido profissional possui subordinação com o hospital, e também quando não a possui, sobretudo, no âmbito de atuação dos cirurgiões plásticos. Portanto, será ponderado o entendimento doutrinário e jurisprudencial, em cotejo com as regras e princípios insculpidos no Código do Consumidor.

Palavras-chave: Medicina; consumidor; defeito; jurisprudência.

ABSTRACT

This paper deals with the institute of civil liability of the physician and the hospital, from the perspective of the consumerist legal relationship, aiming at examining the different types of hospital service provision, with the purpose of delineating whether or not the rule of objective liability in situations in which medical services are not provided directly to the patient by the hospital entity. Given the divergence that permeates the theme, the study proposes to confront the responsibility of the physician, by verifying situations and their consequences when the referred professional is subordinated to the hospital, and also when not, above all, within the scope of plastics surgeons, balancing between doctrinal and jurisprudential understanding, in comparison with the rules and principles inscribed in the Consumer Code.

Keywords: Physic; consumer; fault; jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa aborda o estudo da relação jurídica consumerista formalizada entre o médico e o paciente, nas cirurgias embelezadoras, restringindo-se à análise da responsabilidade civil desses profissionais, quando se materializam erros de médicos que não possuem vínculo de subordinação com a instituição hospitalar. Será

afferido, pois, o grau e a medida da responsabilidade de todos os envolvidos, à luz do disposto no Código do Consumidor.

Durante anos, a função do profissional da Medicina esteve revestida de caráter religioso e, nesse contexto, não era imaginável responsabilizar o médico, pois se pensava que a cura ou a morte dependia exclusivamente da vontade divina. No final do século passado, houve a construção de uma relação social em que o médico era a pessoa de confiança, por isso, não se admitia dúvida de seus serviços, e muito menos litigância sobre eles, na perspectiva da relação consumerista.

Hodiernamente, vem se observando um aumento demasiado de denúncias por processos de reparação civil, envolvendo médicos e hospitais. Isso ocorre, pois, as relações sociais se massificaram, e o que era uma relação de mera confiança passou a ser denominada de prestação de serviços. Mesmo com o aumento de denúncias, poucas ações judiciais são julgadas procedentes, e esse número levou-nos ao estudo e à reflexão de qual a limitação da responsabilidade do profissional e quando ela pertence efetivamente àquele.

Em face disso, utilizamos jurisprudências e recentes decisões, para analisar a problemática da pesquisa e expor aos interessados a legislação que deve ser aplicada, e informações que darão auxílio no contexto de futuras demandas ou reclamações judiciais.

Nesse cenário, dada a relevância do assunto, torna-se necessária uma profunda e melhor discussão que envolva a responsabilidade civil médica e hospitalar, nos casos de erro médico. Do mesmo modo, analisaremos os limites da responsabilização e a quem ela deve ser dirigida. Objetivamos, dessa maneira, que, por intermédio da presente pesquisa, a população e os profissionais sintam-se seguros do que deve ser feito quando situações similares ocorrerem.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM GERAL

O estudo da responsabilidade civil abrange o conjunto de normas e princípios que regem a obrigação de indenizar. Essa responsabilidade consiste na reparação de danos sucessivos à transgressão de uma obrigação (Venosa, 2023). No mesmo sentido, a responsabilidade é compreendida como sendo um dever jurídico sucessivo, que vai recompor um dano gerado pela violação de uma obrigação originária,

podendo-se dizer que toda conduta humana que viole um dever jurídico e cause prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil (Cavalieri Filho, 2023).

Paulo Nader, semelhantemente, conceitua a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil implica duas ordens de deveres: uma, de natureza primária, em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever, como o de conduzir a causa de seu cliente com zelo e dedicação; outra, de ordem secundária, quando o agente descumpre o dever, gerando com a sua conduta uma lesão ao patrimônio ou à pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária (Nader, 2015, p. 8).

A dificuldade existente na responsabilidade civil está em estabelecer quais os pressupostos fundamentais para a configuração desta. Sergio Cavalieri Filho diz que, primeiramente, há o elemento formal, que é a violação de um dever jurídico, e é importante ressaltar que essa violação deve ocorrer mediante uma conduta voluntária. Há, também, o elemento subjetivo que pode ser o dolo ou a culpa, e o elemento material que é o dano e a respectiva relação de causalidade (Cavalieri Filho, 2023).

Paulo Nader expõe que os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade civil são: ação ou omissão voluntária (conduta), nexo de causalidade e dano, sem considerar a figura da culpa, como vemos em parte da doutrina (Nader, 2015). O nexo causal ou nexo de causalidade é conceituado por Silvio de Salvo Venosa como o “liame que une a conduta do agente ao dano [...]. Trata-se de elemento indispensável. Se o nexo causal não for identificado, não há como a vítima ser resarcida pelo suposto responsável” (Venosa, 2023, p. 62).

Um outro pressuposto importante da responsabilidade civil é o dano, e Sergio Cavalieri Filho preleciona que “o dano é o grande vilão e encontra-se no centro da obrigação de indenizar” (Cavalieri Filho, 2023, p. 93). Não há como existir responsabilidade civil dissociada do dano, e esse pressuposto tem que partir de uma conduta concreta, não bastando o risco de dano. Nesse mesmo sentido, leciona que existem duas modalidades tradicionais de dano e inúmeras subespécies que podem ensejar um *bis in idem* quanto da quantificação de indenização. As duas modalidades são: dano material ou patrimonial e o dano imaterial ou extrapatrimonial (Cavalieri Filho, 2023).

Para além disso, merece destaque entendermos que o dano moral não se confunde com o dano estético, na medida em que o primeiro se refere a uma inquietação mental, capaz de causar sofrimento intrínseco, tormento e vergonha, ao passo que o dano estético se demonstra visível, pois se materializa na deformidade

física, afetando diretamente o corpo da pessoa, e lhe causa afeamento e, por via de consequência, descontentamento e aversão por parte daquele que sofreu o dano (Kfouri Neto, 2021). De maneira semelhante, entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial 1.408.908, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que o dano estético, uma espécie de dano moral, atinge diretamente a integridade física, trazendo prejuízos materializados no aspecto externo da vítima, modificando a sua aparência, e que, reflexamente, pode atingir o seu psicológico, enquanto que o dano moral agride a vítima em seu patrimônio incorpóreo, atingindo a dignidade, a respeitabilidade, a serenidade e a autodeterminação do sujeito (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Nessa perspectiva, convém-se destacar, também, o Enunciado da Súmula 387, da Corte Superior de Justiça, que pacificou o entendimento de ser lícita a possibilidade de se reunir, numa mesma demanda judicial, os pleitos indenizatórios para fins de compensação civil dos danos morais e estéticos (Superior Tribunal de Justiça, 2019). Do mesmo entendimento comungam Fernando Gaburri, Leonardo de Faria Beraldo, Romualdo Baptista dos Santos, Silvia Vassilieff e Vaneska Donato de Araújo, ao considerarem ser desnecessário o ajuizamento de demandas autônomas, uma vez que os pedidos de dano moral e estético são compatíveis entre si (Gaburri *et al.*, 2008).

Além disso, podemos dizer que a responsabilidade civil é dividida em duas espécies: subjetiva e objetiva. Conforme traz Carlos Roberto Gonçalves:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa (Gonçalves, 2022, p. 48).

Sergio Cavalieri Filho explica que a culpa:

[...] está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva (Cavalieri Filho, 2023, p. 26).

Por outro prisma, pode-se analisar a responsabilidade civil como sendo contratual ou extracontratual. Segundo Silvio de Salvo Venosa, “a grande questão nessa matéria é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral” (Venosa, 2023, p. 378).

A responsabilidade contratual deriva de um contrato assentado entre as partes, e se houve o descumprimento desse contrato, fica caracterizada a conduta ilícita geradora do dano, ou seja, a violação do dever jurídico estabelecido pela vontade dos interessados (Diniz, 2023). Por outro lado, na responsabilidade extracontratual (aquiliana ou *lex aquilia*), não existe contrato previamente celebrado entre as partes, logo, o dever de indenizar surge em razão de lesão a direito subjetivo (Cavalieri Filho, 2023), nos termos dos artigos 186, 186 e 927, todos do Código Civil.

No ensinamento de Nader, o ilícito extracontratual difere-se do ilícito contratual, na medida em que no primeiro há uma transgressão de um dever jurídico que advém do comando legal, enquanto que, ao revés, o ilícito contratual consiste na violação do dever jurídico firmado pelas partes no contrato. Nasce, portanto, em decorrência do ato ilícito, a responsabilidade civil das partes em litígio (Nader, 2015).

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR À LUZ DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Para Kfouri Neto (2021), a relação jurídica existente entre o médico e o paciente, e, consequentemente, entre este e o hospital é enquadrada como relação consumerista, ou seja, regida pelos dispositivos e interpretada à luz dos princípios do Código do Consumidor. Isso porque tanto os hospitais, quanto os médicos, atuam, nesse caso, como fornecedores de serviços, responsabilizando-se em prestar serviços de saúde aos pacientes, ora consumidores, como verdadeiros destinatários finais, em conformidade com o disposto nos artigos 2º e 3º, ambos do Código do Consumidor (Brasil, 2016). A teor do posicionamento consolidado pela jurisprudência, em especial do próprio Superior Tribunal de Justiça, tem-se que, o trabalho desempenhado pelos profissionais da Medicina, aplica-se o conjunto de regras insculpidas no Código do Consumidor (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Além disso, a doutrina é praticamente uníssona ao entender que a relação obrigacional estabelecida entre médico e paciente é contratual. É esse o entendimento, pois o médico tem o dever de ajudar o seu paciente, enquanto este tem

a obrigação de pagar o valor ajustado em decorrência dos serviços prestados. Trata-se de um contrato entre o médico e o paciente quando este procura aquele para uma consulta ou procedimento cirúrgico. Resta, assim, especificada a formação de um contrato entre o paciente e o médico (Gonçalves, 2022).

Cavalieri Filho (2023) entende que a relação médico e paciente também pode ser *sui generis*, pois o médico não se limita a prestar serviços apenas técnicos, mas acaba tendo a posição de confiança, de conselheiro e protetor do enfermo. Assim, a obrigação assumida pelo médico, tal como aquela estabelecida por um contrato entre o hospital e o cliente, envolve obrigações de meio, como regra geral. Contudo, há casos em que a obrigação assumida pelo profissional médico é de resultado. A cirurgia plástica estética é um exemplo, em que o médico atua com a obrigação de resultado, sendo este responsabilizado caso ocorra o inadimplemento contratual, ou seja, caso o paciente não obtenha o resultado anteriormente acertado.

Vale ressaltar que, nem sempre, a obrigação de resultado gerará responsabilidade objetiva. Em alguns casos, a obrigação de resultado apenas inverterá o ônus da prova no que diz respeito à culpa. Nesse caso, a responsabilidade, em situação de dano decorrente de insucesso na cirurgia plástica estética, mesmo em se tratando de uma obrigação de resultado, continua subjetiva, mas com culpa presumida (Cavalieri Filho, 2023).

A responsabilidade médica é uma responsabilidade contratual e subjetiva, de modo que, a princípio, o dever de provar que o resultado danoso do tratamento teve por causa a imperícia, imprudência ou negligência do médico caberia ao paciente ou aos seus herdeiros (Cavalieri Filho, 2023). No entanto, França (2021) ensina que, em se tratando de uma relação consumerista, na qual se aplica a inversão do ônus da prova, insculpida no artigo 6º, VIII do Código do Consumidor (Brasil, 2016), o dever de provar que agiu corretamente recairá sobre o profissional da Medicina e não ao paciente, devendo, assim, o médico responder civilmente pelos riscos afetos ao seu mister. Assim, mesmo se considerarmos o médico como um prestador de serviço, no artigo 14, §4º do Código do Consumidor (Brasil, 2023), vemos uma exceção ao princípio da responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo. Todavia, insta ressaltar que, na lição de Cavalieri, o referido Código foi bem claro ao preceituar que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não compreendendo, dessa forma, a pessoa jurídica na qual esse profissional trabalhe

como empregado, ou faça parte da sociedade, por exemplo um hospital ou clínica (Cavalieri Filho, 2023).

De modo diverso, Maia (2015) explica que há dissenso na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que se refere à interpretação da responsabilidade civil dos hospitais entre ser objetiva ou subjetiva, a teor da interpretação do artigo 14, *caput* e artigo 14, §4º, ambos do Código do Consumidor (Brasil, 2016). O autor trata da discrepância dos retrocitados dispositivos legais, na perspectiva do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, concluindo que, “ou se torna subjetiva a responsabilidade hospitalar que por lei é objetiva (art. 14, *caput*, do CDC), ou se fala em responsabilidade objetiva sem indicação expressa do papel da culpa médica (art. 14, §4.º, do CDC)” (Maia, 2015, p. 2).

Assim, Viegas e Maciel (2017) explicitam, inicialmente, que a responsabilidade hospitalar subjetiva é exceção, sendo válida apenas na relação jurídica entre paciente e médico, quando o próprio paciente contrata o profissional. No julgamento do Recurso Especial, a 3ª Turma do Tribunal da Cidadania, por exemplo, entendeu que, muito embora o nosocômio buscassem tornar subjetiva a responsabilidade do hospital, com esteio no artigo 14, §4º do Código do Consumidor (Brasil, 2016), o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser possível, em ocasiões distintas. Ocorre que tal entendimento não foi consolidado na jurisprudência deste Tribunal, visto que, no julgamento do Recurso Especial 258.389, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu entendimento, reconhecendo, desde 2005, a possibilidade da responsabilidade subjetiva do hospital em decorrência de atos médicos (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

A partir da divergência identificada, questiona-se o grau de justiça nas relações jurídicas nas quais se responsabiliza o hospital na forma do *caput* do artigo 14, do Código do Consumidor (Brasil, 2016), mesmo quando o defeito apresentado que culminou no dano decorreu de ato essencialmente médico. Nessa linha de raciocínio, entende-se que o hospital estaria assumindo a posição de segurador universal, em que, mesmo que o dano causado não tivesse nenhum vínculo com o serviço oferecido pelo hospital, mas intimamente relacionado à atividade do médico, o hospital seria, ainda assim, enquadrado na regra geral e responsabilizado de maneira objetiva, atendendo injustamente a regra do Código do Consumidor (Maia, 2015), insculpida no *caput* do artigo 14 do Código do Consumidor (Brasil, 2016).

Por outro lado, Cavalieri Filho (2023) reforça não ser possível condenar o fornecedor de serviços, que em nossa análise se trata do hospital, à indenização ao paciente de forma direta e solidária, quando inexistente o nexo causal que interligue o dano experimentado pelo consumidor e a materialização do serviço defeituoso prestado pelo hospital. Nesse prisma, o autor expõe que

[...] se embora integrando a cadeia de fornecimento do serviço, a atuação do suposto fornecedor solidário em nada concorreu para o surgimento do defeito que causou o dano, não há que se falar em solidariedade. Tanto é assim que [...] exclui expressamente a responsabilidade do fornecedor se provar que o serviço não tem defeito ou que para ele não concorreu [...] (Cavalieri Filho, 2023, p. 572).

Em uma análise mais detida acerca da responsabilidade solidária dos hospitais, Gaburri *et al.*, (2008) entendem que o Código do Consumidor introduz a ideia de que há solidariedade entre o profissional da Medicina e o hospital, quando existente a subordinação entre ambos. Isso porque o intuito da legislação foi de simplificar e, ao mesmo tempo, assegurar que o dano experimentado pelo paciente será devidamente compensado, por intermédio da ampliação dos sujeitos passivos da demanda. Dessa forma, reflexamente, estar-se-á maximizando a chance da efetiva compensação civil dos danos, uma vez que os parcos recursos pecuniários de um dos sujeitos poderão ser contrabalanceados com a melhor proporção de recursos de que dispõe a outra parte, que passará, também, a integrar a demanda indenizatória. Semelhantemente, Viegas e Maciel (2017), chegam à conclusão de que os danos causados pelos prepostos do ente hospitalar atrairão a responsabilidade solidária da pessoa jurídica, ora provedora das atividades médicas, coibindo, assim, o afastamento da responsabilidade civil do hospital, ainda que este comprove não ter havido culpa da pessoa jurídica na seleção do profissional colocado à disposição do paciente.

Em face disso, Maia (2015) afirma que se faz necessário a diferenciação entre dano médico e dano hospitalar, a fim de que se alinhe a responsabilidade civil objetiva, como regra geral, e a responsabilidade civil objetiva mitigada, que harmoniza e compatibiliza o artigo 14, *caput* e o seu §4º, ambos do Código do Consumidor (Brasil, 2016). Nesse sentido, reputa-se relevante saber que o dano médico, portanto, não se confunde com o dano hospitalar, posto que este advém de “atividade tipicamente hospitalar” (Maia, 2015, p. 2), ao passo que aquele depende de ato exclusivamente do profissional da Medicina (Maia, 2015).

Dessa maneira, a diferenciação feita entre o dano médico e hospitalar chegou ao Superior Tribunal de Justiça, quando decidiu, primeiramente, na esfera tributária, quais seriam os atos tipicamente hospitalares, que dizem respeito à garantia da saúde, e que não se restringem somente a serviços médicos realizados nos consultórios. O Tribunal da Cidadania ainda diferenciou o dano hospitalar sob a ótica da responsabilidade civil, lastreado nos direitos e deveres assumidos pelo ente nosocomial, limitando-se à provisão de bens instrumentais e equipe de pessoal da saúde que são imprescindíveis à atuação dos profissionais da Medicina, chegando à conclusão de que, para a Corte Superior de Justiça, o dano médico está intrinsecamente ligado à atuação técnica do profissional liberal, estando alheia à atuação do hospital (Maia, 2015).

À vista disso, Kfouri Neto (2021) afirma que os danos causados no interior do hospital são danos hospitalares, excluindo-se aqueles danos oriundos da atividade essencialmente médica, da qual emergiu o dano ao paciente. Assim, reconhece-se a necessidade de se apurar e entender a origem do dano, como forma de definir a pessoa responsável para indenizar o sujeito que foi vítima, uma vez que não se pode confundir e responsabilizar o hospital por erros inerentes à atuação médica, quando não concorreu para o evento danoso.

Convém-se destacar, a título exemplificativo, o Recurso Especial 1.019.404, no qual o Superior Tribunal de Justiça cita o caso da indenização por cirurgia equivocada, que decorreu da falta de diligência exclusivamente médica, sem ingerência do hospital, excluindo, na hipótese, qualquer responsabilidade do hospital, ante a ausência de vínculo empregatício entre o profissional e a pessoa jurídica demandada (Superior Tribunal de Justiça, 2019). Por outro lado, noutra decisão judicial, também tendo por base a classificação de dano médico e hospitalar, o Superior Tribunal de Justiça consignou ser responsabilidade civil da pessoa jurídica, visto que a falha foi do ente nosocomial e não do profissional, respondendo, assim, o hospital de forma objetiva, em conformidade com a regra de que trata do Código do Consumidor (Kfouri Neto, 2021).

Nessa dimensão, Viegas e Maciel (2017) abordam a responsabilidade civil do hospital analisando o contexto da existência do dano médico e dano hospitalar, relatando que a responsabilidade do hospital, como regra, se operará de maneira objetiva, pelos danos causados a seus pacientes. Todavia, será necessário o

preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, a existência de defeito no serviço prestado, bem como dano e relação de causalidade entre ambos, sendo absolutamente desnecessária a verificação da existência da culpa do ente nosocomial. Nesse mesmo sentido, Maurilio Casas Maia elucida melhor:

[...] Nesse caso, a responsabilidade a ser aferida é objetiva, perquirida sem análise do elemento subjetivo, a culpa, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC. Dessa maneira, a cadeia de serviços nosocomiais, pela qual o ente hospitalar se responsabiliza, inclui o fornecimento de centro cirúrgico, de equipe técnica, medicamentos, hotelaria, além dos serviços médicos propriamente ditos [...] (Maia, 2015, p. 4).

Ademais, o hospital é responsável em verificar e analisar as necessidades apresentadas pelo paciente, zelando pelo seu bem-estar, que deverá ser buscado a todo custo, sob pena de lhe ser imputado a responsabilização objetiva, por atos negligentes em relação aos pacientes consumidores (Viegas; Maciel, 2017). Acrescenta-se que no julgamento do Recurso Especial 1.173.058, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, implicitamente, que os hospitais também responderão objetivamente quando causarem danos a pacientes em razão do funcionamento inadequado das atividades hospitalares que gerarem danos e prejuízos de ordem irreversíveis, sendo que lhes competia agir e evitar as tragédias (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Embora a regra seja clara ao estabelecer que a responsabilidade do hospital será objetiva pelos danos causados, enquanto fornecedor de serviços, Maia (2015) pondera que isso não impede que tal regra seja reapreciada, sob outra ótica, tornando-a mitigada, em cotejo entre o artigo 14, *caput* e o artigo 14, §4º, ambos do Código do Consumidor (Brasil, 2016). Esclarece-se, inclusive, que, nos casos de danos essencialmente médicos, a responsabilidade civil do hospital comportará algumas exceções, dependendo de uma análise mais criteriosa (Urel; Cappello, 2017).

Nessa linha de raciocínio, o hospital deve responder pelos danos médicos provocados, sem a necessidade de se apurar a sua culpa em tais casos. No entanto, seria justo que o ente nosocomial respondesse pelos danos médicos quando não houver culpa alguma do médico, como se um segurador universal fosse? (Maia, 2015). Tal questionamento, a título exemplificativo, foi ainda retratado por Maurílio Casas Maia nos casos em que há cirurgia de mastectomia, em razão da manifestação de um câncer maligno, cujo resultado será a existência de um dano iatrogênico, previsível e que não decorre de culpa profissional. Urel e Cappello (2017) explicam,

também, que não é plausível, nessa perspectiva, imputar a responsabilização civil ao hospital a casos semelhantes em que não há a presença da culpa médica, posto que, o dano médico carece de comprovação de culpa, sem a qual aquele não existe. Assim, Viegas e Maciel (2017) apontam que seria inviável e jamais poderia se cogitar responsabilizar o hospital por dano médico, no qual o profissional não laborou com culpa.

Destaca-se que apurar a culpa do médico não transforma a responsabilidade hospitalar como sendo subjetiva, mas a torna objetiva mitigada, na medida em que se procurará perquirir a culpa do profissional e não do hospital, a qual, se existente, redundará na responsabilidade civil objetiva do nosocomio também (Maia, 2015).

Além disso, Maia (2015) esclarece que, na responsabilidade objetiva mitigada, temos o defeito que decorre da culpa médica e que se figura como o próprio elo de ligação entre a atividade do hospital e o dano causado ao paciente, de modo que, em havendo dano essencialmente médico, o ente nosocomial só responderá se existente esse dano indenizável, manifestado na culpa do médico. Para o autor, “na responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, a culpa alheia deve ser perquirida enquanto caracterizadora do nexo de causalidade e do defeito do serviço” (Maia, 2015, p. 5), destacando que tal teoria visa excepcionar a regra insculpida no artigo 14, *caput* do Código do Consumidor (Brasil, 2016), ao mesmo tempo em que evita injustiças, pois, do contrário, tornaria o hospital como garantidor total dos danos causados aos consumidores, apurando-se o defeito e o respectivo nexo causal que resultou no dano indenizável.

Maia (2015), ainda em sua abordagem, traz à baila a figura do consumidor hipervulnerável e da possibilidade de este ser prejudicado frente à aplicação da responsabilização civil objetiva mitigada. Para ele, não há que se falar em qualquer prejuízo na aplicação dessa teoria, pois, no âmbito do direito consumerista, há o instituto da inversão do ônus probatório que a favor do consumidor hipervulnerável poderá ser invocado, competindo, assim, ao hospital provar que não existe culpa do médico, afastando-se, somente assim, o dever de indenizar.

Há que se destacar que não se pode confundir responsabilidade objetiva temperada com responsabilidade civil objetiva impura, e nem com responsabilidade civil objetiva differida, pois, embora semelhantes e compatíveis, são distintas. Na lição de Maia (2015), na responsabilidade objetiva impura tem-se, como pressuposto, a

culpa de um sujeito que se liga à atividade da pessoa responsável pela indenização do evento danoso, perquirindo-se a culpa do terceiro a fim de alcançar a responsabilidade civil de outrem, de modo que a culpa médica se torna elemento indispensável para que o hospital seja responsabilizado. Por outro lado, na responsabilidade objetiva temperada, a culpa do terceiro fragiliza a teoria objetiva, tornando a culpa como elemento que liga o dano e a atividade hospitalar, formando o liame para a responsabilização objetiva, cuja apuração da culpa do hospital se faz desnecessária, bastando a configuração de erro médico. Nessa perspectiva, se o dano médico sobreveio de forma não culposa, por tabela, não há liame que faça ligação entre o serviço/atividade hospitalar e a manifestação do dano médico, hábeis a ensejar a responsabilização civil. Diferentemente, Dantas (2009) comprehende que, por questões cronológicas, apura-se a responsabilidade objetiva do hospital apenas após se averiguar a culpa do profissional liberal.

Ademais, merece destaque a doutrina de Kfouri Neto (2021) ao lecionar com clareza que, mesmo que não haja relação de subordinação entre o facultativo e o hospital, subsiste a responsabilidade subjetiva, com a consequente inversão do ônus probatório no tocante à comprovação da culpa. Do mesmo entendimento, comungou a 4^a Turma da Corte Superior de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 258.389, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, que desde 2005, consignou que não deve ser reconhecida como sendo objetiva a responsabilidade do hospital nesses casos, mas tão somente quando estivermos diante da prestação de serviços defeituosos por parte do nosocômio, ou seja, referente à estadia, serviços de hotelaria e aparelhagem, por exemplo, tratados aqui nesse artigo como “danos hospitalares”. Esclarece, ainda, que, no tocante aos serviços técnicos prestados pelos médicos, com ou sem vínculo de subordinação, necessário se faz apurar a culpa do profissional, de maneira subjetiva (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

No mesmo sentido, em análise mais recente, no julgamento do Recurso Especial 1.526.467, em 2015, a Corte Superior de Justiça reiterou que a responsabilidade do ente hospitalar necessita da apuração da culpa em razão dos prejuízos ocasionados ao paciente, entendendo não ser o caso de aplicação da regra inserta no *caput* do artigo 14 do Código do Consumidor (Brasil, 2016), posto que se tratou, na hipótese, de falha atribuída unicamente ao médico-cirurgião, entendendo

pela aplicação da responsabilidade subjetiva ao hospital (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Antagonicamente, Viegas e Maciel (2017) explicam que, no tocante à responsabilização civil do profissional liberal e da pessoa jurídica à qual está vinculado, não se deve confundir a responsabilidade do profissional liberal daquele que labora como empregado ou sócio do hospital, pois, neste caso, o hospital figura como fornecedor de serviços, atraindo para si a responsabilização objetiva, independentemente de erro ou culpa médica.

Observa-se que, em resumo, em análise mais recente feita por Maia (2015), primeiramente se analisa quando há dano médico, se houve culpa do profissional, para somente depois formar o defeito na prestação do serviço que implicará a responsabilidade civil do ente hospitalar, mediante a formação do nexo causal da atividade hospitalar e o dano pelo qual sofre o paciente. Esse é o entendimento de Maurilio Casas Maia:

[...] Na responsabilidade objetiva mitigada não é desnaturada a responsabilidade objetiva dos hospitais e clínicas (art. 14, *caput*, do CDC) por três motivos: (1) não é perquirida a culpa hospitalar; (2) a culpa do terceiro (do médico) é elemento configurador do defeito na prestação do serviço somente quanto ao dano médico – que entrelaça o §4º e o *caput* do art. 14 do CDC; (3) nos danos médicos, a culpa médica é também o nexo de causalidade entre o dano e a ação hospitalar. Sem a culpa, inexistirá ligação causal a vincular o hospital ao dano, mas tão somente dano iatrogênico, não indenizável [...] (Maia, 2015, p. 7).

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, analisou a questão, resumindo bem o tema o posicionamento do Tribunal da Cidadania sobre o tema. Vejamos:

"(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (artigo 14, *caput*, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (artigo 14, § 4º, do CDC); e (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil), sendo

cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)^{1 2}

Ou seja, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o hospital e/ou as clínicas respondem, objetivamente, pelos danos decorrentes da prestação dos serviços auxiliares relacionados ao exercício da sua própria atividade, assim como, solidariamente com o médico a ele vinculado, pelos danos decorrentes do exercício da Medicina, desde que, neste último caso, fique caracterizada a culpa do profissional.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E DO HOSPITAL NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS EMBELEZADORAS

Gomes (2002) explica que, por muito tempo, a responsabilidade dos profissionais da Medicina se limitava a obrigações de meio, cuja indenização decorrente do inadimplemento contratual carecia da comprovação de culpa. Todavia, com o avanço da Medicina e o surgimento da cirurgia estética embelezadora, a responsabilidade, nesses casos, passou a ser de resultado. Dessa forma, uma vez descumprido o contrato celebrado entre o paciente e o médico, resta evidenciado o dever de indenizar, cabendo ao médico desincumbir-se do ônus probatório, mediante a comprovação de que os danos causados ao paciente, em virtude de erro no procedimento cirúrgico, se deram por motivos de força maior, caso fortuito, ou, ainda, em razão de culpa exclusiva da vítima, que funcionam como verdadeiras excludentes de ilicitude dos danos por que passam os consumidores.

Por outro lado, segundo Gonçalves (2022), para se configurar a culpa do médico, não é necessário dizer a gravidade da culpa, basta que a culpa tenha sido a causa do dano ao paciente.

No tocante à diferenciação entre obrigação de meio e de resultado, resta importante mencionar que, em sendo de meio, aplicar-se-á a exceção do artigo 14, § 4º do Código do Consumidor (Brasil, 2016), na qual a responsabilidade civil está adstrita à demonstração da existência da culpa do profissional. Na contramão dessa ideia, sendo a obrigação assumida de resultado, como é o caso das cirurgias plásticas

¹ REsp. nº 1.832.371-MG de 03/09/2021.

² No mesmo sentido: REsp 1.145.728/MG, Quarta Turma, julgado em 28.06.2011, DJe de 08.09.2011; REsp 1.145.728/MG, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe de 28/06/2011; AgInt no AREsp 1.643.326/PR, Quarta Turma, julgado em 28/09/2020, DJe de 20/10/2020; AgInt no REsp 1.793.515/RJ, Terceira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe de 23/04/2020; REsp 1.769.520/SP, Terceira Turma, julgado em 21/05/2019, DJe de 24/05/2019.

embelezadoras, o médico deverá alcançar o resultado prometido ao paciente, pois, do contrário, mesmo que se trate de profissional liberal, escolhido em função de sua técnica profissional, a sua responsabilidade passará a ser apurada de forma objetiva, ou seja, ignorando-se a análise do elemento culpa. Nesse caso, não há que se falar na exceção prevista no artigo 14, §4º do Código do Consumidor (Brasil, 2016), uma vez que o contrato celebrado entre as partes possui uma obrigação *intuitu personae* (Sélllos, 2011).

Nessa mesma senda, em se tratando de uma obrigação de meio, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, no julgamento do Recurso Especial 81.101, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que a responsabilidade do médico pelos danos causados a seus pacientes será apurada em conformidade com o grau de culpa deste profissional, em atenção ao previsto no artigo 14, §4º do Código do Consumidor (Brasil, 2016). Por outro lado, sendo a obrigação de resultado, ou seja, como o são na hipótese de cirurgias embelezadoras, essa responsabilidade deixa de ser subjetiva e passa a ser objetiva ou contratual (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Em contrapartida, Garcia (2023) ensina que os médicos que atuam como profissionais liberais não podem ser responsabilizados de forma objetiva, nem mesmo quando se tratarem de médicos cirurgiões plásticos, haja vista que a legislação em vigor, especificamente o Código do Consumidor, não faz distinção entre obrigação de meio e de resultado. Dessa maneira, Garcia (2023), critica o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça por entender que, em cirurgias plásticas embelezadoras, o que temos é a figura da culpa presumida do profissional, com a consequente inversão do ônus probatório, que, portanto, recairá sobre o médico.

De modo semelhante, ensina Tartuce. Senão vejamos:

[...] Mas qual seria a diferença prática entre a culpa presumida e a responsabilidade objetiva, tema que sempre gerou dúvidas entre os aplicadores do Direito? De comum, tanto na culpa presumida como na responsabilidade objetiva inverte-se o ônus da prova, ou seja, o autor da ação não necessita provar a culpa do réu. Todavia, como diferença fulcral entre as categorias, na culpa presumida, hipótese de responsabilidade subjetiva, se o réu provar que não teve culpa, não responderá. Por seu turno, na responsabilidade objetiva, essa comprovação não basta para excluir o dever de reparar do agente, que somente é afastado se comprovada uma das excludentes de nexo de causalidade [...] (culpa ou fato exclusivo da vítima, culpa ou fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior) [...] (Tartuce, 2023, p. 498).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.180.815, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas

Gerais, entendeu que o médico, na cirurgia plástica embelezadora, possui uma obrigação de resultado, e considerou a obrigação do profissional como sendo subjetiva, impondo ao médico o ônus probatório de evidenciar que o erro médico que acarretou os danos ao paciente surgiu por força de fatores externos e estranhos ao conhecimento do profissional, culminando na exclusão da sua responsabilidade civil, haja vista a descaracterização do nexo de causalidade (Superior Tribunal de Justiça, 2019), sendo que, do mesmo entendimento, comunga o doutrinador Leonardo de Medeiros Garcia (Garcia, 2023).

Por força disso, Gomes (2002) expõe, ainda, que o médico não deve prometer ao paciente eventuais resultados que não sejam possíveis de serem alcançados pela técnica de que dispõe, sob pena de ser responsabilizado de forma objetiva, caso, eventualmente, não alcance o que fora prometido. Isso porque o médico precisa esclarecer e informar, pormenorizadamente, todos os riscos a que o consumidor está sujeito antes de submetê-lo à cirurgia, pois, diferentemente da cirurgia médica reparadora, na cirurgia embelezadora, o descumprimento contratual advém justamente por não ter obtido o resultado prometido, e não o de simplesmente oferecer o melhor serviço.

A responsabilidade civil do hospital diferencia-se da responsabilidade do médico, uma vez que a responsabilidade do hospital advém quando o paciente sofre prejuízos com relação aos serviços que são oferecidos aos pacientes, respondendo, portanto, de maneira objetiva, pelas falhas de sua estrutura e equipamentos. Diferentemente, a responsabilidade do médico que não está vinculado ao corpo clínico do hospital, ou seja, que não mantém vínculo empregatício, nem subordinação com a instituição hospitalar, deverá responder por seus atos, com culpa presumida (Nader, 2015).

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 908.359, em um caso concreto emblemático, cuja votação se deu de maneira acirrada, entendeu que, diferentemente de uma parcela da doutrina, a responsabilidade do hospital em decorrência de danos causados por médicos-cirurgiões a seus pacientes nem sempre será objetiva. Isso porque, no caso em discussão, ficou evidenciado que o Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. não incorreu em falha na prestação do serviço, mas tão somente o médico-cirurgião que, por atos imperitos e negligentes, praticados única e exclusivamente por si, causou

danos graves à parte autora após se submeter à cirurgia vascular. Segundo demonstrado, o procedimento cirúrgico gerou complicações e lesões nos nervos da perna da paciente, e complicações nos pés, ocasionando a perda de movimentos, impossibilidade de caminhar por longos períodos e fortes dores, de modo que se entendeu pela não responsabilização do hospital, pois, embora tenha fornecido medicamentos e disponibilizado equipe de enfermagem, o profissional da medicina não possuía qualquer vínculo de emprego ou de preposição com o hospital, elidindo a responsabilidade do hospital, posto que este não pode assumir um resultado cuja competência é atribuída apenas ao médico, que, no presente caso, realizou contrato de locação com o hospital para atuação nas dependências desta unidade hospitalar, porém, agiu sem a observância do conhecimento técnico, o cuidado e o zelo necessário que de um profissional se espera (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Paralelamente, Garcia (2023) também nos traz uma importante lição acerca da limitação da responsabilidade dos médicos quando materializado o vínculo empregatício com o hospital, e quando tal vínculo não se faz presente. Em sendo o caso da existência de algum vínculo de subordinação, e evidenciada a culpa do profissional da Medicina em um procedimento cirúrgico, pouco importará se a obrigação é de meio ou de resultado, uma vez que o hospital deverá arcar com os prejuízos causados ao paciente, mediante indenização dos danos, de forma objetiva e solidária, desprezando qualquer análise de culpabilidade da unidade hospitalar.

Assim, na lição do ministro Aguiar Júnior (2011), não restam dúvidas de que a pessoa jurídica que mantém o hospital será responsabilizada em razão dos danos causados pelos técnicos que o gerenciam, incluindo-se os superintendentes, diretores e também os médicos que possuem vínculo empregatício com o hospital. O autor acrescenta que a responsabilidade pelas condutas da equipe que compõe o corpo clínico esclarece-se na medida em que a responsabilidade por ação executada por outrem, mencionada pelo Código Civil, em seu artigo 932, III (Brasil, 2016) englobará, também, “aqueles situações em que não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra através de uma relação que gere o estado de subordinação” (Aguiar Júnior, 2011, p. 9). Essa é a típica situação dos entes hospitalares que, para exercer suas atividades fins, carecem dos serviços prestados pelos profissionais da medicina, estabelecendo um vínculo de subordinação ao conjunto de regramentos da instituição hospitalar (Aguiar Júnior, 2011).

Por outro lado, quanto aos profissionais liberais, conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça, a teor do Recurso Especial 764.001, se demonstrado a inexistência de vínculo de subordinação perante o hospital, por via de consequência, não haverá que se falar em sua responsabilização em uma possível ação indenizatória, pois, neste caso, a responsabilidade civil pelos danos causados se restringirá à técnica empregada pelo profissional da medicina que realizou o procedimento cirúrgico (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Nessa perspectiva, Aguiar Júnior (2011) defende que não haverá que se falar em responsabilidade hospitalar quando o paciente, ora consumidor, estiver se utilizando única e exclusivamente das dependências do hospital, com intuito de internar e tratar de seus pacientes. Ademais, o ministro explica, com propriedade, que

Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico, e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos (Aguiar Júnior, 2011, p. 9).

Como bem observa Urel e Cappello (2017), há situações e contendas jurídicas em que não se demonstra possível a imputação da responsabilidade legal ou objetiva dos hospitais, principalmente naqueles casos em que os serviços oferecidos são restritos à locação do espaço do hospital, sem qualquer tipo de vínculo com os procedimentos adotados pelo profissional que gerou prejuízos ao consumidor. Nesse sentido, exemplificam essa situação, senão vejamos:

[...] há de se considerar a seguinte situação fática para demonstrar que a aplicação das responsabilidades não pode ser algo mecanizado: Um médico loca uma sala hospitalar para realizar um procedimento cirúrgico qualquer. No momento da cirurgia, *[sic]* entretanto, manuseia de forma equivocada o bisturi elétrico e causa sérias sequelas estéticas no paciente. Um *[sic]* segunda situação: O mesmo médico loca uma sala hospitalar para realizar um procedimento cirúrgico qualquer. No momento da cirurgia, *[sic]* entretanto, o bisturi elétrico apresenta defeito e causa sérias sequelas estéticas no paciente. [...] Na primeira situação verificou-se ato médico puro em essência, não há nesse caso qualquer responsabilidade do hospital, o qual apenas “cedeu o espaço” e não firmou com o paciente lesionado nenhuma relação inerente ao procedimento cirúrgico, suas consequências e resultados. [...] Importante verificar que o médico é um profissional liberal, e os profissionais liberais também respondem perante seus consumidores, subjetivamente (dependendo de comprovação de culpa) como outrora já exposto, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC [...] por outro lado, na segunda situação temos que houve defeito nos equipamentos fornecidos pelo hospital. Independentemente de quem foi a culpa pelo defeito no equipamento, o

hospital responderá objetivamente e lhe caberá regresso posterior, se for o caso (fabricante) (Urel; Cappello, 2017, p. 4 e 5).

Vislumbra-se, portanto, na visão de Urel e Cappello (2017) que, em havendo litigação de interesses em situações semelhantes, competirá ao Poder Judiciário analisar cuidadosamente os sujeitos da relação jurídica, delimitando a sequência de condutas de cada agente envolvido, de maneira que se possa contribuir, significativamente, para a efetividade da justiça, tendo como mola propulsora o encaixe da situação concreta alinhada à aplicação coerente do instituto da responsabilidade civil, evitando-se, assim, arbitrariedades em favor de uma ou outra parte.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que competirá ao órgão julgador, em lides nas quais estejam envoltas a responsabilização dos entes hospitalares e os profissionais da medicina, as denominadas ações de “erro médico”, a análise do caso concreto de maneira meticulosa, tentando-se balizar as condutas praticadas por cada um dos sujeitos, para somente assim apurar o exato grau de responsabilidade dos litisconsortes, sejam eles médicos ou entidades hospitalares.

Como se observou, a prestação de serviços médico-hospitalares tem natureza jurídica distinta, ora sendo caso de imputação de responsabilidade civil objetiva, ora sendo subjetiva, ou, ainda, responsabilidade objetiva mitigada, as quais, por si só, implicam a importância de uma análise singular, atenciosa e voltada para as particularidades apresentadas em cada um dos casos nos quais se envolvem os pacientes, os cirurgiões e os hospitais.

A partir desse estudo, entender-se-á a necessidade de que não se pode equiparar os hospitais a simples fornecedores de serviços, atribuindo-lhes a responsabilidade literal do *caput* do artigo 14 do Código do Consumidor, a todo e qualquer caso, sem se considerar as peculiaridades dos erros essencialmente médicos e da existência ou não de subordinação entre o médico e o hospital. Do contrário, tornar-se-iam os hospitais como verdadeiros seguradores universais dos danos, indo na contramão da legislação e da jurisprudência pátria.

A multiplicidade de relações jurídicas levadas à judicialização, principalmente no campo da saúde humana, podem conduzir a sérios problemas que repercutem diretamente no momento de se delimitar a responsabilidade civil dos sujeitos

envolvidos. Assim sendo, ainda que pela interpretação literal dos dispositivos legais remontem à ideia de que a responsabilidade do médico depende de apuração da sua culpa, e a do hospital, enquanto prestador de serviço, independa do elemento culpa, necessário se faz verificar as nuances da realidade dos fatos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, v. 718/1995, p. 33-53, ago./1995. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, v. 5, p. 507-541, out./2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Vade Mecum Saraiva** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 21. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. Título IX, p. 210.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Vade Mecum Saraiva** / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 21. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. Seção 2, p. 801-812.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.7. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GABURRI, Fernando et al. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado: artigo por artigo** / Leonardo de Medeiros Garcia – 18. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2023.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, p. 81-91, out./dez. 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexo causal na harmonização entre o caput e o §4.º do art. 14 do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, p. 233-257, maio./jun. 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. v. 7. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

SÉLLOS, Viviane Coelho de. Responsabilidade do profissional liberal pelo fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 10/1994, p. 144-161, abr./jun. 1994. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, vol. 5, p. 311-337, abr./2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Enunciado da Súmula nº 387**, Brasília, DF. Enunciado publicado em 01 de setembro de 2009. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 1.180.815**, do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais, relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF. Acórdão publicado em 26 de agosto de 2010. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2010/0025531-0. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=11574863&num_registro=201000255310&data=20100826&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 1.408.908**, do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, relatora Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF. Acórdão publicado em 19 de dezembro de 2013. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2013/0335583-1. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1286019&num_registro=201303355831&data=20131219&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 731.078**, do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, relator Ministro Castro Filho, Brasília, DF. Acórdão publicado em 13 de fevereiro de 2006. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2005/0036043-2. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=587063&num_registro=200500360432&data=20060213&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 258.389**, do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, relator Ministro Fernando Gonçalves, Brasília, DF. Acórdão publicado em 22 de agosto de 2005. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2000/0044523-1. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=540244&num_registro=200000445231&data=20050822&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 1.019.404**, do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Norte, relator Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF. Acórdão publicado em 01 de abril de 2011. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2007/0309531-5. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1047491&num_registro=200703095315&data=20110401&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 1.173.058**, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF. Acórdão publicado em 01 de fevereiro de 2012. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2010/0002398-7. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1011999&num_registro=201000023987&data=20120201&formato=PDF>. Acesso em: 30 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 81.101**, do Tribunal de Justiça do estado do Paraná, relator Ministro Waldemar Zveiter, Brasília, DF. Acórdão publicado em 31 de maio de 1999. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 95/0063170-9. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500631709&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 908.359**, do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina, relatora Ministra Nancy Andrigi e relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF. Acórdão publicado em 17 de dezembro de 2008. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2006/0256989-8. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=766053&num_registro=200602569898&data=20081217&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 764.001**, do Tribunal de Justiça do estado do Paraná, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Brasília, DF. Acórdão publicado em 15 de março de 2010. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2005/0108623-0. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=942015&num_registro=200501086230&data=20100315&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. **Recurso Especial nº 1.526.467**, do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF. Acórdão publicado em 23 de outubro de 2015. Jurisprudência do STJ. Processo eletrônico nº 2014/0143277-8. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1451948&num_registro=201401432778&data=20151023&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Apelação Cível nº 20.020.110.002.476**, do Juizado Especial do Distrito Federal, relator Juiz João Luis Fischer Dias, Brasília, DF. Acórdão publicado em 04 de agosto de 2015. Jurisprudência do TJDF. Processo eletrônico nº 2014/011095318-7. Disponível em: <[UREL, Isadora; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. A responsabilidade objetiva dos hospitais: considerações e limites. **Revista de Direito Privado**, v. 83/2017, p. 79-90, nov./2017.](https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=TURMAS_RECURSAIS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[INTEIRO TEOR]&argumentoDePesquisa=20020110002476&numero=&tipoDeRelator=TODO S&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1>. Acesso em: 30 ago. 2023.</p></div><div data-bbox=)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; MACIEL, Renato Anatólio Lima Horta. A responsabilidade civil dos médicos e hospitais, à luz do direito consumerista. **Revista de Direito Privado**, vol. 81, p. 39-66, set./2017.

O BULLYING E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PARTICULARES: ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O TEMA

Júlia Nascimento Mascarenhas
Katia Dutra Pinheiro de Lacerda

RESUMO

A presente pesquisa investiga se as escolas particulares podem ser civilmente responsabilizadas pelo *bullying* ocorrido com seus alunos em ambiente escolar, à luz não apenas do Código Civil, como também do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a existência de contrato de prestação de serviços e entendimentos jurisprudenciais acerca do tema. Para isso, destaca a função da escola na formação de seus alunos e apresenta conceito e características da responsabilidade civil.

Palavras-chave: *Bullying*; responsabilidade civil; responsabilidade civil objetiva; escolas particulares; falha na prestação de serviços; dever de zelo.

ABSTRACT

The current research investigates whether private schools can be held legally liable for *bullying* incidents that occur with their students in the school environment, not only in accordance with the Civil Code but also under the Consumer Protection Code. This examination takes into account the existence of a service provision contract and jurisprudential interpretations of the topic. To do so, it highlights the school's role in shaping its students and provides definitions and characteristics of civil liability.

Keywords: *Bullying*; civil liability; strict liability; private schools; service failure; duty of care.

INTRODUÇÃO

O tema deste artigo se insere na área de Direito Civil, e versará sobre a Responsabilidade Civil e a possibilidade de responsabilização das instituições de ensino, mais especificamente, as particulares, sobre o *bullying* ocorrido com seus alunos em ambiente escolar, o qual é comumente ignorado pela sociedade, acarretando prejuízos para a vida e saúde de suas vítimas.

O *bullying*, seus efeitos e a possibilidade de responsabilização dos agentes infratores é algo relativamente novo para a legislação nacional. Por isso, a finalidade do presente estudo consistirá em analisar o dever de zelo e cuidado que as escolas, principalmente as particulares, possuem com seus alunos. O que pode gerar a

responsabilização civil das instituições de ensino em casos de *bullying* ocorrido com os estudantes em ambiente escolar.

Assim, o objetivo geral é investigar se há uma possibilidade de responsabilizar civilmente as escolas particulares pelo *bullying* sofrido por seus alunos, independentemente de ser uma conduta de omissão ou não, pois as instituições de ensino, especificamente as particulares, possuem o dever de zelar e cuidar de seus alunos, principalmente devido a existência de contrato, o qual é regido também pelas normas do Código de Defesa do Consumidor.

O presente estudo consistirá em uma pesquisa bibliográfica que utilizará para a base de sua escrita livros, artigos, doutrinas, notícias e jurisprudências acerca do tema, analisando os aspectos objetivos e subjetivos, tanto do Estado quanto das instituições de ensino e pessoas físicas envolvidas no caso, suas responsabilidades e as devidas consequências perante determinadas condutas ilícitas. Essa pesquisa compreenderá bibliografias de 2004 a 2023.

A propagação do tema é de extrema importância para a área do Direito, pois o *bullying* é um problema social. Nessa ótica, como a integridade, tanto física quanto mental, de crianças e adolescentes estão sendo violados, é fundamental que haja atuação do Poder Judiciário. Considerando ainda mais o quanto delicadas são as partes envolvidas e, portanto, devem ser protegidas.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Venosa (2023), a responsabilidade civil é um dos pilares do direito privado (área do direito que busca a maior proteção possível para os direitos da personalidade, honra, imagem etc.) e se caracteriza pelo dever de reparar o dano causado a alguém em decorrência de uma ação ou omissão ilícita. O autor ressalta a necessidade de proteção do consumidor, diante da vulnerabilidade que caracteriza a relação de consumo, bem como destaca a responsabilidade civil no contexto das relações contratuais, enfatizando a importância do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes.

De acordo com Cavalieri Filho (2023), a função da responsabilidade civil é exatamente responsabilizar integralmente o agente causador do dano, buscando ao máximo o senso básico de justiça. A essa função dá-se o nome de "princípio da reparação integral", que se baseia na justiça corretiva e na noção de restituição, que

consiste em colocar a vítima na situação em que ela se encontrava antes do ocorrido. Portanto, a ideia é restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, buscando a reparação integral do dano, pois a reparação parcial é responsabilizar a vítima pelo resto. Por isso, apesar de ser um ideal utópico, a reparação integral é perseguida persistentemente.

Sobre tal temática, vale ressaltar que o direito brasileiro prestigia o princípio da reparação integral através do art. 944, caput, do Código Civil, que dispõe o seguinte: “A indenização mede-se pela extensão do dano” (Brasil, 2002).

Segundo a teoria apresentada por Gonçalves (2023), a responsabilidade civil é dividida em dois tipos principais: a objetiva e a subjetiva. A responsabilidade objetiva é caracterizada pela obrigação de reparar o dano causado, independentemente de culpa, desde que haja comprovação do dano e do nexo causal entre a ação do agente e o dano ocorrido. Já a responsabilidade subjetiva pressupõe que o agente causador do dano só é responsabilizado se ficar comprovado que houve culpa por sua parte, ou seja, que ele agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Nesse caso, a responsabilidade civil somente se configura caso sejam cumpridos os requisitos de culpa, dano e nexo causal.

Além disso, é preciso diferenciar a responsabilidade direta da indireta. De acordo com Cavalieri Filho (2023), a regra geral é que cada um responda pelos seus próprios atos, mas excepcionalmente, nas situações previstas no art. 932 do Código Civil, uma pessoa pode responder por ato de terceiro. Isso ocorre quando esse indivíduo tem algum vínculo jurídico com o autor do ato ilícito, como um dever de guarda, vigilância ou custódia, como nos casos das instituições de ensino.

Diferentemente do que está positivado no ordenamento jurídico pátrio atual, o Código Civil de 1916 era essencialmente pautado na culpa provada, cláusula geral prevista no antigo artigo 159. Portanto, possuía como regra a responsabilidade civil subjetiva, assim sendo, a responsabilidade civil objetiva era raramente utilizada e não consagrava institutos importantes e protetivos que estão previstos hodiernamente como, por exemplo, a responsabilidade pelo fato de terceiro (art. 932 c/c o art. 933). Tal abrangência, assegurada pelo código civil de 2002, foi extremamente necessária, porque domina todas as relações existentes entre o grupo (empresas, fornecedores de serviço etc.) e o indivíduo, garantindo-lhes segurança jurídica (Cavalieri Filho, 2023).

A responsabilidade por ato de terceiro é uma responsabilidade por fato próprio omissivo, decorrente da violação do dever de vigilância e, nesses casos, há dois sujeitos passivos responsáveis perante a vítima: o agente, autor do fato material ou da omissão lesivos do direito de outrem, e aqueles que têm o dever de vigilância e respondem pelos efeitos do ato do autor do dano, nos casos prefixados em dispositivo legal. A natureza da responsabilidade por ato de outrem é controversa, mas, de acordo com o entendimento predominante, a presunção de culpa é relativa, baseada em dados da experiência e na necessidade de proteger o direito de indenização do lesado (Gonçalves, 2023).

Nesse sentido, para que haja a responsabilização é necessário, primeiramente, que exista uma ação ou omissão juridicamente relevante, ou seja, um ato que é considerado ilegal, que pode ser analisado em termos de culpa ou dolo, quando se tratar da responsabilidade subjetiva, ou sem examinar a culpa, baseado no risco da atividade (responsabilidade objetiva). Além disso, é preciso que haja um dano, e, em seguida, é necessário analisar se há uma conexão entre o ato ilegal e o dano causado, ou seja, um nexo de causalidade.

Para que haja um nexo causal em uma situação de *bullying* basta a prática da agressão verbal ou física ofensiva à dignidade e personalidade da vítima para ensejar o dano moral. Desse modo, mostra-se necessária a prova apenas da conduta ilícita ofensiva, já que o dano emerge como consequência lógica (Razaboni Junior; Margraf; Leão Junior, 2023).

Existem algumas situações que impedem que a responsabilidade por um dano seja atribuída a uma pessoa, e essas são conhecidas como "excludentes de responsabilidade". Essas situações incluem: a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, e a cláusula de não indenizar no caso do direito contratual. Nesses casos o nexo causal é interrompido, ou seja, não há mais uma relação de causa e efeito entre o dano e a pessoa responsável por ele (Venosa, 2023).

No entanto, é importante esclarecer que as instituições de ensino, com necessário destaque para as particulares, não se enquadram nas hipóteses mencionadas anteriormente como "excludentes de responsabilidade". Isto porque, conforme elucidado anteriormente, as escolas possuem responsabilidade civil objetiva e indireta. Portanto, possuem o dever de reparar o dano causado a seus estudantes independente de culpa e podem responder também por fato de terceiro, tudo conforme o art. 932 do Código Civil (Brasil, 2002).

Dessa forma, com as modificações proporcionadas pelo código civil de 2002 e sua mudança realizada na área da responsabilidade civil para ajustar-se às evoluções sociais, pode-se afirmar que agora é possível responsabilizar as instituições de ensino pelos fatos ocorridos com seus alunos em ambiente escolar, pois atualmente tais eventos são abarcados pela responsabilidade civil objetiva e responsabilidade pelo fato de outrem, o que dificilmente ocorria com a vigência do antigo código civil de 1916, devido à falta de previsão legal expressa. Nesse contexto, por conta da atual cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, é possível aplicá-la a diversas situações, pois permite aplicação segundo as particularidades de cada caso concreto, nos termos da inteligência de Cavalieri Filho (2023).

2 A FUNÇÃO DAS ESCOLAS QUANTO AO DESENVOLVIMENTO DE SEUS ALUNOS

As escolas têm um papel fundamental no desenvolvimento das crianças e adolescentes, pois é onde adquirem conhecimentos, habilidades e valores que serão importantes ao longo de toda a vida. Além disso, a escola não deve ser vista apenas como um lugar onde se adquire conhecimentos, mas também como um espaço de socialização e formação de identidade e, portanto, o ambiente escolar está diretamente ligado à saúde mental dos alunos, devendo ser um local seguro e acolhedor, que promova o bem-estar emocional e físico das crianças (Bee; Boyd, 2011).

Segundo Silva (2021), apesar de a escola ser um local oportuno para o desenvolvimento e, teoricamente, um ambiente seguro, também há a incidência de violência, como por exemplo o *bullying*. A autora define o *bullying* como um comportamento agressivo, intencional e repetitivo, que pode ser físico, verbal ou psicológico. Ademais, ressalta que tal fenômeno pode ter consequências graves para as vítimas, como baixa autoestima, ansiedade, dificuldades de relacionamento, depressão e, em casos mais graves, até mesmo suicídio.

Isto posto, salienta-se que a Constituição Federal de 1988, em especial em seu artigo 6º, define a educação como um dos direitos sociais, mas não apenas isso (Brasil, 1988). É extremamente necessário mencionar também que a Carta Magna, em seu artigo 205, declara a educação como um dever do Estado, de modo que visa desenvolver e preparar a pessoa para exercer sua cidadania e trabalho futuramente.

Dessa forma, está claro que o papel das instituições de ensino não é apenas ser um instrumento de fornecimento a educação, como também devem assegurar que esse direito social/fundamental seja fornecido de maneira saudável, de modo que garanta sua efetividade, já que, conforme Delors (2004, p.99), é durante a infância que a juventude é fomentada a criar seu próprio juízo de valor, de modo que aprende a elaborar sua própria maneira de agir perante as complexidades da vida.

Neste encadeamento de ideias, é importante ressaltar que em pesquisa divulgada no ano de 2022 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, por intermédio do PeNSE (Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar), o *bullying* atinge mais instituições de ensino privadas do que as públicas. Mais especificamente, o estudo demonstrou que durante o ano de 2019 a diferença era de 42,5% nas unidades escolares mantidas pelo poder público e 43,8% nas unidades privadas (G1 PI, 2022).

Destarte, é inegável que o *bullying* sempre existiu, porém, durante muito tempo, a prática desse fenômeno não era juridicamente relevante, sendo mais estudado e explorado pelas áreas da psicologia e pedagogia. Com a pós-modernidade essa situação mudou, e agora é indiscutível a gravidade do problema e o papel do direito na repressão desses casos. Contudo, a linha entre o tolerável e o que é considerado ilícito é muito tênue e, com o intuito de reprimir essa prática deplorável, foi promulgada a Lei 13.185/2015, conhecida popularmente como “Lei de combate ao *bullying*” (Tartuce, 2023).

A lei que instituiu o programa de combate à intimidação sistemática (Lei 13.285/2015) apresenta um rol exemplificativo das condutas que são consideradas *bullying*, e estabelece que as escolas devem adotar medidas de prevenção e combate do ato, como a capacitação de professores e funcionários, a elaboração de planos de prevenção e a criação de canais de denúncia. As escolas também devem promover a cultura da paz, da tolerância e do respeito às diferenças (Brasil, 2015).

Pois bem, o *bullying* é considerado como uma conduta ilícita e que pode gerar diversos danos à vítima, como transtornos emocionais, físicos e psicológicos. Exatamente por ser um ato ilícito, que fere a dignidade e a integridade da pessoa humana, as escolas possuem o dever legal de garantir a segurança e o bem-estar de seus alunos, assegurando um ambiente saudável e livre de violência. Assim, as instituições de ensino têm o dever de atuar de forma proativa, buscando zelar pela integridade dos alunos, devendo adotar medidas preventivas e corretivas para evitar

e combater o *bullying*. Portanto, se a escola não adota medidas efetivas para coibir tais práticas, pode ser civilmente responsabilizada pelos danos causados por ser configurado falha na prestação de serviço (Farias; Rosenvald; Braga Netto, 2019).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PARTICULARES

Segundo Gonçalves (2023), as escolas particulares são consideradas fornecedoras de serviço, e, por essa razão, estão sujeitas (além do Código Civil) à análise do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece uma série de direitos e garantias para os consumidores. Ressalte-se que o CDC estabelece a responsabilidade objetiva (ou seja, sem necessidade de demonstração de culpa) dos fornecedores de serviço em relação aos danos causados aos consumidores.

Assim, tanto as escolas públicas quanto as particulares, possuem a obrigação de zelar pela integridade moral, física e psicológica de seus alunos, assumindo a responsabilidade pelos danos que eventualmente venham a ser causados durante a prestação do serviço educacional. Além disso, as escolas também devem observar as disposições do Código Civil, que estabelecem as normas gerais de responsabilidade civil no país (Gonçalves, 2023).

Vários tribunais utilizam a responsabilidade civil objetiva nos casos de *bullying*, com fundamento no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, é nesse sentido o seguinte julgado:

Civil. Consumidor. Estabelecimento de ensino. “*Bullying*”. Ocorrência. Indenização devida. “Quantum” fixado em patamar razoável. Sentença mantida. A situação dos autos não apresenta desentendimento entre alunos, mas em comportamento abusivo por parte de um professor, que, sendo adulto, e exercendo posição de autoridade, deve agir dentro dos mais estritos limites da civilidade, especialmente cuidando para não proceder de forma a expor os alunos a situações vexatórias, individual ou coletivamente. Dessa maneira, indiscutível a ocorrência do ato ilícito, responde a instituição de ensino empregadora do professor que causou o dano, decorrência da responsabilidade objetiva derivada da relação de consumo entre as partes. A dinâmica relatada e comprovada nos autos não revela um caso particularmente sério de violação ao patrimônio imaterial do menor, de forma a causar-lhe profundo e insuportável sofrimento, embora certamente tenha experimentado um constrangimento identificável como ato ilícito, tendo sido bem arbitrada à indenização no patamar de R\$ 4.000,00. Recursos improvidos (Apelação cível 0000385-94.2015.8.26.0042, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, p. 2) (Jusbrasil, 2016).

Neste caso, o autor da ação alegou ter sofrido *bullying* por parte de um professor de educação física da instituição durante uma aula, sendo colocado dentro de uma lata de lixo. Em sua defesa, a escola alegou que não tem responsabilidade

pelo ocorrido, pois o professor agiu de forma isolada, portanto a omissão da instituição de ensino perante a conduta do professor não seria voluntária, consequentemente o valor da indenização estaria excessivo.

Ao julgar o recurso, o relator considerou a escola como parte legítima do polo passivo, uma vez que é responsável pelos atos de seus prepostos em decorrência da relação de consumo existente entre as partes. Além disso, ressaltou que a situação não foi de desentendimento entre alunos, mas um comportamento abusivo por parte do professor, que se excedeu em uma brincadeira e colocou o aluno dentro de uma lixeira. Dessa forma, o relator manteve a sentença de primeiro grau, que condenou a escola particular em danos morais (indenização), em decorrência da responsabilidade objetiva derivada da relação de consumo (Brasil, 2015).

Assim, conforme esclarecem os autores Razaboni Junior, Margraf e Leão Júnior (2023), não há dúvidas a respeito da possibilidade de responsabilização da instituição de ensino pelo *bullying* praticado por seus empregados contra alunos (ação), o que se questiona é a possibilidade (ou não) de responsabilização da escola em razão de sua omissão, quanto ao *bullying* praticado entre os próprios alunos e, acerca de tal tema, os tribunais têm se inclinado favoravelmente à possibilidade de responsabilização, sob o argumento de que as escolas possuem o dever legal de zelar pela integridade física e psicológica de seus alunos. Quando as escolas não adotam medidas para coibir a prática lamentável do *bullying* fica caracterizada a falha na prestação do serviço e a possibilidade de reparação dos danos.

De acordo com os autores Sousa *et al.* (2018), a responsabilidade civil encontra respaldo em duas fontes: no ato ilícito ou no descumprimento contratual. O primeiro (ato ilícito) é a base para a responsabilização dos pais e do próprio agressor pelo dano causado, é uma responsabilidade extracontratual, enquanto o segundo (descumprimento contratual) se refere à responsabilidade da escola privada por não cumprir o dever de manter o aluno seguro, através da adoção de medidas efetivas para coibir o *bullying*.

De maneira geral, ambas as instituições (privada e pública) podem ser responsabilizadas pelo *bullying* quando este ocorre dentro de suas dependências. O que difere uma da outra é, basicamente, a fundamentação legal utilizada. Isso porque quando a vítima é aluna da rede pública de ensino, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor. Nesses casos, havendo omissão da instituição, a responsabilidade

pela indenização será do Estado, com base na Teoria do Risco Administrativo (Vaz, 2017).

De acordo com o §6º do art. 37 da Constituição Federal: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (Brasil, 1988).

Tartuce (2023) explica que o dispositivo legal supracitado consagra a Teoria do Risco Administrativo, segundo a qual o Estado é objetivamente responsável pelos danos causados por seus agentes ou prepostos durante o exercício de suas funções, ou seja, não é necessário comprovar a culpa da administração. O autor utiliza como exemplo: acidente causado por policial, no exercício de suas funções, com a colisão de viatura e carro particular. Nesse caso, a administração responderá pelos danos causados, mesmo que o policial não tenha culpa pelo acidente.

Em contrapartida, se a vítima do *bullying* é aluna de escola privada, a responsabilização pode ocorrer com base no Código de Defesa do Consumidor e, neste caso, a indenização será de responsabilidade da própria instituição. Isso porque fica caracterizada a relação de consumo entre as partes, sendo o aluno considerado consumidor e a escola fornecedora de serviços. Por isso, a instituição deve prestar serviços de qualidade, adequados e eficientes, devendo zelar inclusive pela segurança das crianças/adolescentes que estejam sob sua guarda (Vaz, 2017).

Essa é a inteligência também corroborada por Rui Stoco, que afirma:

A escola ao receber o estudante menor, confiado ao estabelecimento de rede particular para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, a entidade é investida no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou danos aos seus pupilos, que possam resultar do convívio escolar (Stoco, 2007).

Sobre a temática acima, corroborando o pensamento de Rui Stoco, está o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre o bullying praticado de aluno contra outro aluno: Apelações cíveis. subclasse responsabilidade civil. ação de reparação de danos materiais e morais. *bullying* escolar. comprovação. responsabilização da instituição de ensino. direito à indenização patrimonial parcialmente reconhecido. direito à indenização extrapatrimonial reconhecido e valor arbitrado a esse título mantido (Stoco, 2007).

Caso em que o conjunto probatório constante nos autos revela que a ré falhou no dever de cuidado que lhe cabia, decorrente do serviço educacional prestado, ao não ser capaz de adotar as providências necessárias (ferramentas pedagógicas investigativas e inibidoras adequadas) para que o autor, um de seus alunos, não sofresse agressões físicas, verbais e comportamentais de colegas (*bullying*) e, por conta disso, precisasse trocar de escola para voltar a ter um ambiente escolar saudável e desenvolvedor.

Dano moral ínsito ao próprio mal físico e emocional que o autor, uma criança de dez anos, sofreu ao ser vítima de *bullying* no ambiente escolar e em tal grau que retirou por completo o desejo do menor de permanecer em escola que já frequentava pelo terceiro ano seguido. Valor da indenização bem dosado em R\$ 6.000,00, sopesado que (I) as agressões não partiram de prepostos da ré, cuja responsabilização decorre por sua conduta omissiva, de não diagnosticar a prática do *bullying* diante dos elementos que possuía e de não coibir adequadamente a prática do mesmo a ponto de fazê-lo cessar, e que (II) o autor se adaptou bem à nova escola, evidenciando que o mal sofrido não provocou qualquer trauma ou outras consequências gravosas.

Danos materiais caracterizados, consistentes nos valores que precisaram ser gastos com materiais escolares complementares e uniformes exigidos pela escola para a qual o autor precisou ser transferido, bem como nos valores despendidos com o acompanhamento psicológico recebido e as aulas de reforço, do mês subsequente à transferência de escola, necessárias para compensar a queda de desempenho escolar provocada no período em que o autor sofreu *bullying*. Apelação do réu desprovida e Apelação do autor parcialmente provida (TJRS, AC Nº 70072796303, Relator: Eugênio Facchini Neto, Nona Câmara Cível, J. 28/06/2017) (IBDFAM, 2017).

No caso supramencionado, nota-se que o aluno de uma instituição de ensino privada sofreu *bullying* (agressões físicas, verbais e comportamentais), praticado por um grupo também de alunos. O Colégio foi condenado devido a falha na sua prestação de serviços, a qual não observou o seu dever de zelo e cuidado com seus discentes. À vista disso, os julgadores decidiram que, devido à relação de consumo havida entre as partes, seria aplicado a responsabilidade civil (objetiva) no caso, devendo ser considerado o artigo 14 do Código de Defesa do consumidor (Brasil, 1990).

Deste modo, os julgadores entenderam cabível também a aplicação artigo 932, IV, do Código Civil (Brasil, 2002), o qual pondera sobre a responsabilidade por atos de terceiros, devido às instituições de ensino exercerem a guarda de seus estudantes durante os períodos que estes estão em ambiente escolar, principalmente considerando a conduta omissiva da escola ao não exercer seu dever de zelo e vigilância ao não impedir o *bullying*.

Ao final, entenderam a razoabilidade do valor indenizatório no patamar de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) pela falha na prestação de serviço, observando os gastos havidos com materiais escolares e uniformes novos, pois o menor precisou trocar de colégio para conseguir manter seu bem-estar, como também para compensar os

gastos com acompanhamento psicológico e aulas de reforço necessárias durante o período subsequente a saída da antiga escola.

Isto posto, nos termos dos autores os autores Razaboni Junior, Margraf e Leão Júnior (2023), salienta-se que as instituições de ensino, mais especificamente, as particulares, possuem uma posição de garantidor das crianças que ali estudam e buscam desenvolvimento pessoal e intelectual, portanto elas devem ser responsabilizadas, seja pela escolha dos funcionários que trabalham no local ou por falharem com seus deveres e agirem com omissão ao não impedirem que seus alunos sofram danos (*lê-se bullying*) - morais e materiais- em suas dependências.

Assim sendo, conforme já demonstrado, é cristalino que as escolas particulares possuem responsabilidade objetiva diante das práticas de *bullying* ocorridas com os menores enquanto eles estão em seu estabelecimento. Visto que há dever de vigilância e segurança inerente às instituições de ensino que é atribuído por conta do Código de Defesa do Consumidor (Venosa, 2016).

Por fim, consequentemente, nota-se que o caminho da responsabilização judicial das escolas, com evidência nas particulares, não é somente válido, mas extremamente necessário para assegurar desenvolvimento saudável fisicamente e intelectualmente aos estudantes, visto que as instituições de ensino devem ser capazes de adotar as providências necessárias (ferramentas pedagógicas investigativas e inibidoras adequadas) para que os infantes não sofram *bullying* (Sousa et al., 2018).

Neste cenário, é importante compreender que as escolas desempenham papel fundamental na efetiva aplicação da Lei 13.185/2015, dessa forma Sousa et al. (2018) entendem que o primeiro passo para as instituições de ensino conseguirem avançar e impedir que condutas prejudiciais aos menores, como no caso o *bullying*, aconteça é, primeiramente, entender sua existência e formas que podem ocorrer (seja entre alunos ou professores), em seguida criar estratégias para coibir sua existência, e, caso seja necessário, tentar arduamente combatê-lo sob pena de responsabilização judicial na hipótese de falha na prestação de serviço.

É por essa razão que a Lei 13.185/2015 possui como objetivo contemplar procedimentos alternativos (como, por exemplo, implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação), que visem à solução de conflitos com intuito de combater, mas principalmente prevenir o *bullying*, de maneira

que essa violência sequer aconteça e, consequentemente, não seja necessário acionar o Poder Judiciário, pois será privilegiado mecanismos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil em ambiente escolar, permitindo crescimento saudável aos infantes.

Assim, consequentemente a cultura de paz almejada pela Lei de Combate ao *Bullying* será alcançada, de modo que as instituições escolares irão finalmente ser um instrumento saudável de fornecimento de educação, tornando-se local apto e seguro para o desenvolvimento infanto juvenil de seus estudantes, como deve ser. À vista disso, a responsabilização judicial das escolas haverá nos casos em que ocorrerem *bullying* se tornará a última alternativa e um caminho raro e excepcional, a fim de que a atuação do Poder Judiciário se tornará mínima (Razaboni Junior; Margraf; Leão Júnior, 2023).

4 CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou uma breve reflexão sobre o *bullying*, além de demonstrar que, ao contrário do esperado, tal fenômeno ocorre majoritariamente em instituições de ensino privadas. Isto posto, foi investigado e comprovado a respeito da responsabilidade civil das escolas particulares e a possibilidade de demandar judicialmente pela falha na prestação de serviços que ocorrem quando as escolas permitem que seus alunos sofram *bullying*. Ressalta-se que essa responsabilização não decorre apenas do Código Civil, como também do Código de Defesa do Consumidor, por força do contrato havido entre as partes.

Dessa forma, cabe às instituições de ensino fomentar a cultura de paz e impedir que condutas prejudiciais aos menores ocorram em ambiente escolar, visto que tal local se trata de extensão de seu lar, onde se adquire conhecimentos, incentiva a socialização e desenvolve o indivíduo, devendo torná-lo apto a conviver em sociedade e lidar com as complexidades da vida. O que não ocorrerá se houver *bullying*.

Por conseguinte, os mecanismos alternativos de solução de conflitos, demonstrados pela Lei 13.185/2015 (LGL\2015\9124), devem ser explorados, de modo a se chegar em um método eficaz e combativo ao *bullying*. Frisa-se que a responsabilização civil da instituição de ensino é a punição por tal forma de violência e compensação (ou tentativa de compensação) às vítimas. A responsabilidade civil

não trata o problema em sua raiz, sendo apenas uma tentativa de desestimular que as escolas permitam que tal problema ocorra para que o primeiro contato social das crianças com o mundo seja um local benéfico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, aos meus familiares, aos docentes que acompanharam e me inspiraram durante toda minha jornada acadêmica, em especial a professora Katia Dutra Pinheiro de Lacerda pelo apoio e orientação neste trabalho. Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram na realização deste curso.

REFERÊNCIAS

BEE, Helen; BOYD, Denise. **A criança em desenvolvimento**. 12. ed. São Paulo: Artmed, 2011. 568 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28. abr. 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 20. abr. 2023.

_____. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying)**. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm>. Acesso em 20. abr. 2023.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 20. abr. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2023. 656 p.

DELORS, Jacques. **Educação: um tesouro a descobrir – Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI**. 9^a ed. São Paulo, Cortez; Brasília, MEC/UNESCO, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1480 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 4**: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. 616 p.

G1 PI. IBGE: adolescentes de escolas privadas sofrem mais bullying que os das públicas em Teresina. **Portal G1 Piauí**, publicado em 13/07/2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2022/07/13/ibge-adolescentes-de-escolas-privadas-sofrem-mais-bullying-que-os-das-publicas-em-teresina.ghtml>>. Acesso em: 18. abr. 2023.

IBDFAM. TJRS, AC Nº 70072796303, Relator: Eugênio Facchini Neto, Nona Câmara Cível, Julgado em: 28/06/2017. **Bullying escolar**: comprovação: responsabilização da instituição de ensino: direito à indenização patrimonial parcialmente reconhecido. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/busca>. Acesso em: 18. abr. 2023.

JUSBRASIL. Apelação cível 0000385-94.2015.8.26.0042, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Artur Marques, Julgado em 17/03/2016. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/396047775>>. Acesso em: 21. abr. 2023.

RAZABONI JUNIOR, R. B.; MARGRAF, A. F.; LEÃO JÚNIOR, T. M. A. Responsabilidade civil de escolas privadas nos casos de bullying. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 107, n. 994, p. 73-94, ago. 2018. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/124199>

SILVA, Talita Fernanda da. **Caracterização e atuação do psicólogo na escola**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2021. 44 p.

SOUSA, Ana Gabriela de Castro *et al.* O bullying e a responsabilidade civil das escolas particulares no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Educação em Foco**, Edição nº 10, Ano: 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Editora RT, 2007. p. 243

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 1176 p.

VAZ, José Eduardo Parlato Fonseca. **A Responsabilidade Indenizatória da Prática do Bullying**. Editora ST5, 2017. 58 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2023. 880 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 71.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROTEÇÃO DE DADOS: UM DIÁLOGO DE FONTES ENTRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O CÓDIGO CIVIL

Eduarda Rocha Tenório

Johnny Estefano Ramos Lievori

RESUMO

A pesquisa se desenvolve com o intuito de responder se existe convergência entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Código Civil em vigor, quanto ao instituto da Responsabilidade Civil. Para isso, apresenta delineamentos do referido instituto na atual lei cível, descreve a tutela da proteção de dados pessoais no Brasil e discute sobre a responsabilidade civil por violação à Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD a partir de um diálogo de fontes. Na abordagem, utiliza o método hipotético dedutivo, sendo o método de procedimento o hermenêutico, e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

Palavras-Chave: Dados pessoais; responsabilidade civil; danos.

ABSTRACT

The research is developed with the aim of answering whether there is convergence between the General Data Protection Law and the Civil Code in force, regarding the Institute of Civil Liability. To this end, it presents outlines of the aforementioned institute in the current civil law, describes the protection of personal data protection in Brazil and discusses civil liability for violation of the General Data Protection Law - LGPD based on a dialogue of sources. In the approach, it uses the hypothetical deductive method, with the procedural method being hermeneutic and the research technique being bibliographic.

Keywords: Personal data; civil liability; damages.

INTRODUÇÃO

A revolução digital que a sociedade contemporânea presencia vem transformado significativamente o modo como os indivíduos, nas mais variadas relações, interagem, armazenam e compartilham dados e informações¹. O grande volume de dados pessoais coletados e processados trouxe a necessidade de regulamentar a proteção de dados pessoais. À medida em que a sociedade se adapta

¹ A informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial. (Bioni, 2021)

a esse novo e dinâmico paradigma social, surgem variadas questões relacionadas à responsabilidade civil em casos de violações à legislação de proteção de dados pessoais.

Nesse contexto, o Brasil promulgou em 2018 a Lei nº 13.709, a intitulada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), estabelecendo princípios e regras para a proteção de dados pessoais e a responsabilização em caso de violação. Ocorre que, para além da LGPD, é necessário considerar que o Código Civil (CC), legislação que precede aquela, também regula a responsabilidade civil, estabelecendo normas fundamentais nessa temática. Assim sendo, é importante compreender os novos desafios da era digital para melhor simbiose normativa e jurídica entre a LGPD e o CC.

Este artigo se propõe a investigar a interface entre a proteção de dados proposta na LGPD e sua relação com o CC, concentrando-se especificamente na responsabilidade civil por violações a Lei Geral de Proteção de Dados. Ao fazê-lo, busca-se analisar em que medida o Código Civil, com seus princípios e regras, lida com a complexidade das violações a Lei nº 13.709/18. Investigar-se-ão as implicações legais diante de possíveis violações a dados pessoais, considerando tanto as disposições do CC quanto aquelas específicas da LGPD.

Por meio desta pesquisa, contribuir-se-á para um melhor entendimento das responsabilidades legais relacionadas à proteção de dados pessoais, lançando luz sobre como o Código Civil Brasileiro se aplica a essa área do Direito que evolui velozmente. Ao mesmo tempo, esperamos fornecer elementos valiosos para juristas, legisladores e profissionais da área jurídica interessados em entender a interseção entre a LGPD e as normas fundamentais da responsabilidade civil estabelecidos pelo Código Civil Brasileiro.

Iniciou-se a pesquisa delineando a teoria da responsabilidade civil prevista no Código Civil, passando-se à análise das normas de responsabilidade por violação à LGPD para, por fim, realizar diálogo entre essas fontes legais, visando apontar suas (in)compatibilidades. Na abordagem da pesquisa utilizou-se o método hipotético dedutivo, sendo o método de procedimento o hermenêutico, e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

Ao final deste artigo, a expectativa é que tenhamos delineado as questões fundamentais e os desafios que cercam a responsabilidade civil por violações de

dados no contexto legal brasileiro, com um olhar crítico sobre como o Código Civil se adapta às demandas da sociedade digital do século XXI².

1 DELINEAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL

O ser humano em suas mais diversas relações sociais, mesmo pautando sua conduta com a máxima cautela, é possível que toda sua precaução não afaste totalmente o risco de danos a terceiros. Uma vez ocorrido o dano, é justo que o agente do ato danoso seja responsabilizado. Logo, a responsabilidade civil visa impor sanção ao indivíduo que com ação ou omissão gerar prejuízo a outrem.

No decurso da história da humanidade a teoria da responsabilidade civil tem guardado relação de dependência com as constantes transformações sociais. Por isso afirma-se que aquela “não terminou sua evolução” (Pereira, 2012), exatamente porque as relações sociais não são estáticas e sim, dinâmicas. Um exemplo dessas muitas evoluções foi a passagem da responsabilidade pessoal para a patrimonial, pois antes recaía sobre o corpo do devedor a obrigação de reparar o ofendido, até se alcançar o entendimento de que essa não mais alcançaria o corpo físico, mas, apenas o patrimônio do devedor³.

Neste século, novos desafios se apresentam ao instituto da responsabilidade civil, por ocasião do evoluir de uma sociedade analógica para a digital, sendo que, o dinamismo⁴ do instituto será por mais vezes colocado à prova⁵.

Em nosso ordenamento jurídico a Constituição Federal (CF), (Brasil, 1988), prevê o direito à reparação do dano pela violação da intimidade, vida privada, honra e imagem, previsto no artigo art. 5º, inciso X, da CF, dispondo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

² Sobre a necessária adaptabilidade do Código Civil Brasileiro, Couto (2023) diz: “à tábua axiomática privada fora pensada para eficiência, e os fatos jurídicos devem ter respostas concretas e rápidas”.

³ “Do ponto de vista histórico, assinala a doutrina que o Código de Manu, da cultura hindu, apresentou uma evolução em relação ao Código de Hamurabi, eis que trazia a previsão de multa ou indenização a favor do prejudicado. Assim, a pena corporal foi substituída por uma pena pecuniária naquela ocasião, de acordo com a ideia de pacifismo. Iniciou-se, assim, a superação da ideia de vingança”. (Tartuce, 2023).

⁴ O direito ganha dinamismo, de acordo com as mudanças pelas quais passam a sociedade e os valores coletivos. E não há como negar que nos últimos anos tais transformações estão mais intensas e rápidas. (Tartuce, 2023)

⁵ “As exigências de uma vida cada vez mais intensa, multiplicando os pontos de atrito entre os interesses a proteger, determinam, para servir ao propósito do equilíbrio, que é a maior preocupação dos juristas, o assombroso desenvolvimento do sistema da responsabilidade civil. (Borges; Gomes; Engelmann, 2014)

Por outra via, o CC é uma legislação infraconstitucional que regulamenta, dentre vários direitos, também, o direito à reparação do dano previsto na Constituição Federal de 1988. Assim, pode-se dizer que CC abarca a teoria geral da reparação civil e, para os fins desta pesquisa, alguns delineamentos sobre essa teoria merecem atenção.

Na perspectiva da teoria da responsabilidade civil, há muito se defende o entendimento de que cada indivíduo responderá pelo dano causado em função da prática de ato doloso ou culposo⁶, sendo necessário que a vítima prove a existência do dano. A este entendimento denominou-se responsabilidade⁷ civil subjetiva, que foi prevista tanto no Código Civil 1916, no artigo 159 e, também, no CC vigente, de 2002, nos termos do artigo 186.

Gonçalves (2023), quanto a conceituação de dolo e a culpa leciona que:

É consenso geral que não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos “previsibilidade” e comportamento do *homo medius*. Só se pode, com efeito, cogitar de culpa quando o evento é previsível. Se, ao contrário, é imprevisível, não há cogitar de culpa. O art. 159 do Código Civil de 1916 [atual art. 186] pressupunha sempre a existência de culpa lato sensu, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de o praticar) e a culpa stricto sensu ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio), (Gonçalves, 2023).⁸

Opondo-se ao argumento da responsabilidade subjetiva, decorrente do evoluir da complexidade social, principalmente, a partir de novos relacionamentos sociais que advieram da revolução industrial, em determinadas situações passou a ser difícil à vítima provar o dano, e, por isso, defendeu-se que, nestes casos, para existir a obrigação de indenizar bastaria a prova do nexo de causalidade⁸ entre o dano e a conduta do agente.

Assim, denominou-se de responsabilidade objetiva a situação em que a reparação do dano está fundamentada no risco da atividade exercida pelo agente. O CC vigente no parágrafo único do art. 927 prevê que “*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a*

⁶ O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico. (Gonçalves, 2023).

⁷ A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. (Gonçalves, 2023).

⁸ Relação de causalidade – É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. (Gonçalves, 2023).

atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (Brasil, 2002). No sistema jurídico brasileiro vigente convivem harmoniosamente a responsabilidade subjetiva e a objetiva, com seus conceitos e preceitos bem definidos no Código Civil.

Continuando o delinear dos fundamentos da responsabilidade, esta pode ser vista pela perspectiva da natureza da norma jurídica violada, podendo ser contratual ou extracontratual. Será contratual naquelas situações em que existir uma norma jurídica contratual regendo o comportamento das partes, sendo que, o dano decorreria do descumprimento de uma obrigação contratual. Em contraponto, é extracontratual quando o dano decorrer da violação de uma norma legal por ocasião da conduta ilícita do agente causador no dano. Importante salientar que no CC a responsabilidade está fundamentada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (art. 187), sendo que, essas espécies se aplicam na responsabilidade contratual e na extracontratual.

Registre-se que responsabilidade civil é, via de regra, individual, nos termos do artigo 942 do CC, dispondo que responsável pela reparação do dano é o agente que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, haja causado prejuízo a outrem. Porém, o CC também prevê no artigo 942 o concurso de agentes, naquelas situações em que duas ou mais pessoas praticam o ato ilícito, surgindo a solidariedade entre os agentes.

Após se realizar prévios delineamentos sobre a responsabilidade civil, passemos a análise de algumas questões atinentes a LGPD e do regime da responsabilidade civil prevista nesta.

2 A TUTELA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL⁹

O tema dado pessoal e privacidade é riquíssimo e por si só justificaria múltiplas pesquisas. Neste trabalho, serão mencionados apenas os aspectos que se relacionam e são importantes à pesquisa proposta.

⁹ Este capítulo é uma adaptação de parte da dissertação de mestrado do autor. Lievori, Johnny Estefano Ramos. **Análise da reversão de dados anonimizados via produção antecipada de provas**. 2020. 91 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3319>.

2.1. DADO PESSOAL E PRIVACIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Sobre a proteção da privacidade, a Constituição Federal (CF) de 1988, no art. 1º, inciso III, prevê que um dos fundamentos do Estado Brasileiro é a dignidade da pessoa humana, sendo orientação para a tutela dos direitos fundamentais. Mais adiante, no art. 5º, inciso X, da CF, é disposto 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” (Brasil, 1988).

Segundo Doneda (2011):

A Constituição Brasileira contempla o problema da informação inicialmente por meio das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade. Além disso, a Constituição considera invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), veja-se especificamente a interceptação de comunicações telefônicas, tegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como instituiu a ação de habeas data (art. 5º, LXXII), que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais. (Doneda, 2011)

Com a aprovação da PEC 17/2020 e posterior promulgação em fevereiro de 2022, correspondente a Emenda Constitucional 115/22, foi acrescido um inciso LXXIX ao artigo 5º, CF, dispondo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”(Brasil, 1988).

Portanto, o direito à privacidade e o direito à proteção dos dados pessoais são garantidos na Constituição Federal.

2.2. DADO PESSOAL NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

No Brasil, a existência de uma legislação específica para a proteção de dados pessoais é relativamente recente. Embora desde 2012 tramitasse o Projeto de Lei 4.060/2012, de iniciativa parlamentar, e, posteriormente, o Projeto de Lei 5.276/2016, apresentado pela Presidência da República, apenas em 2020 a LGPD entrou em vigor no país. A LGPD é fruto da junção do Projeto de Lei 4.060/2012 com o Projeto de Lei 5.276/2016, fortemente inspirada na *General Data Protection Regulation (GDPR)* europeia¹⁰.

¹⁰ Sobre a influência do GDPR na LGPD cf.: Veronese (2018), Mendes e Doneda (2016).

Antes da LGPD, não havia na legislação nacional uma definição específica sobre dado pessoal, muito embora existissem outras normas que se aproximassesem dessa temática. A exemplo, na legislação infraconstitucional, quanto ao direito de informações do titular de dados, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, no art. 43, dispõe que “o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”. Contudo, o direito de o consumidor obter informação sobre seus dados, embora importante, não tratava o assunto dado pessoal de forma específica.

Em 2011 surge a Lei de Acesso à Informação (LAI), Lei nº 12.527/2011, que, no seu art. 4º, III, define informação pessoal como sendo “aquele relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Depois, em 2014, o Marco Civil da internet, Lei nº 12.965/2014 (Brasil, 2014), frustrou aqueles que aguardavam a disciplina dos dados pessoais de forma mais profunda, pois não trouxe se forma específica a tutela de dados pessoais.

Portanto, havia um clamor por uma legislação específica para a proteção de dados pessoais, não por mero capricho legislativo, mas por necessidade de se conferir proteção jurídica a tema efervescente da sociedade da informação¹¹, até porque, nas palavras de Machado e Doneda (2018), “o conceito de informação pessoal é chave para entender o âmbito material de aplicação”.

Para preencher essa lacuna legislativa o Brasil optou por criar uma legislação específica para tutela de dados pessoais, a Lei Geral de Proteção de dados-LGPD, já vigente desde 18 de agosto de 2020, por ocasião da publicação da sanção e publicação da Lei nº 14.058/2020, que converteu em lei a Medida Provisória nº 959/2020.

¹¹ A expressão “sociedade da informação” passou a ser citada paulatinamente em substituição ao termo “sociedade pós-industrial” (Segundo Braga (2004), existem diversas expressões sinônimas: Terceira Revolução Industrial; Revolução técnico-científica; Revolução informacional; Sociedade pós-capitalista; Sociedade pós-industrial; Sociedade pós-fordista; Segundo divisor de águas industrial; Sociedade pós-salarial; Sociedade tecnológica; Sociedade informática; Sociedade em rede; Capitalismo desorganizado; Capitalismo patrimonial; Capitalismo cognitivo; Nova economia; Economia da informação; Economia digital; Era do acesso. Braga (2004), Guerra Filho (2018).

2.3. DADO PESSOAL E INFORMAÇÃO PESSOAL

Ao se analisar o artigo 5º, I, da LGPD, definiu-se que dado pessoal é “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, definição muito aproximada daquele prevista na LAI¹², quando no artigo 4º, inciso IV, define informação como sendo “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.

É importante traçar distinção entre dado e informação pessoal, pois embora a lei e parte da doutrina não o façam, é sabido que, para se realizar ciência, é necessário colocar cada coisa em seu devido lugar, visando atingir melhores resultados. A busca por diferenciar dado e informação pessoal deve ser vista como necessidade científica e não mero rigorismo metodológico. Aliás, a análise ontológica de um tema de direito enriquece sua definição e compreensão, assim como realizado por Willian Couto Gonçalves (2005)¹³, ao investigar a “ontologia do processo”, defendendo que “o ser substancial primeiro do processo é a jurisdição”.

Logo, vê-se útil a distinção entre dado e informação pessoal, pois, esta “ontologia da privacidade”, fixa balizas necessárias à pesquisa. (Divino, 2020).

A aludida distinção, nas palavras de Doneda (2006), é:

Assim, o “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como observamos em um autor que o entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza. A doutrina, não raro, trata estes dois termos – dado e informação – indistintamente, ou então, procede a uma diferenciação algo empírica que merece ao menos ser ressaltada.

Portanto, em que pese alguns doutrinadores não apontarem a diferença entre dado e informação, entende-se relevante a distinção na seara científica, visando alocar com precisão os argumentos e os resultados da discussão. Assim, tomando

¹² CASA CIVIL. Lei nº 12.527/11, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. [S. I.], 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 de set. 2023.

¹³ “Assim, ontologia significa: estudo ou conhecimento do ser, dos entes ou das coisas tais como são em si mesmas, real e verdadeiramente”. Gonçalves, 2005.

por base os ensinos de Doneda (2006), o dado seria uma pré-informação enquanto informação pressupõe uma depuração do conteúdo.

2.4 PRIVACIDADE E INTIMIDADE: UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO

Importante dizer que a busca por “precisão terminológica” não afeta apenas as expressões dados e informação. Parte da doutrina diferencia intimidade e privacidade, embora outros não vejam utilidade nessa diferenciação¹⁴.

A intimidade estaria relacionada à proteção da esfera mais restrita do indivíduo, esfera mais nuclear da vida privada, vedando ingerências até mesmo de pessoas mais próximas, como membros da família.

No que tange à privacidade, esta inicialmente foi idealizada considerando apenas o “direito ao isolamento” (*the right to be left alone*)¹⁵, isto é, ao direito de estar só. Ocorre que, com o avanço das TIC, houve necessidade de ampliar o significado da expressão, passando a carrear a ideia de proteção diante do tratamento¹⁶ de dados pessoais.

Um dos textos históricos, base sobre o reconhecimento da privacidade como um direito, foi objeto de artigo publicado em 1890 na *Harvard Law Review* por Samuel Warren e Louis Brandeis (1890), denominado “*The Right to Privacy*” (O Direito à Privacidade). Warren foi motivado a escrever sobre o tema devido à publicação de fotos do casamento de sua filha, que, no seu entender, ofendeu a intimidade. Esses autores reconheceram o direito de o indivíduo se insurgir contra a exposição de sua privacidade e intimidade, principalmente em razão da divulgação de fotografias, pois, à época, as câmeras fotográficas se tornavam cada vez mais portáteis.

Na sociedade da informação assegura-se ao indivíduo não apenas o direito a manter em segredo seus dados pessoais, e, sim, de ser protagonista na construção de sua identidade pessoal, alinhado à definição de privacidade proposta por Rodotà

¹⁴ Doneda (2006. p. 112), prefere o termo “privacidade”, para “unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada”. No mesmo sentido Cancelier (2017, p. 221), “não se enxerga impedimentos no uso da expressão direito à privacidade para tratar do direito à intimidade”.

¹⁵ Segundo Zanon (2013), foi Thomas McIntyre Cooley, jurista americano, quem, em 1888, inaugurou o uso da expressão “direito de estar só” (*the right to be let alone*).

¹⁶ O A LGPD no art. 5º, X, define a atividade tratamento de dados como sendo: “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

(2008), que a definiu “como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”.

2.5 DELINEAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE NA LGPD

A LGPD, ao definir o regime jurídico da responsabilidade civil, dispôs no art. 42 que “o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”. Esse dispositivo pode ser compreendido como a regra geral da responsabilidade na LGPD.

Segundo a LGPD, o controlador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (art. 5.º, VI), enquanto o operador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5.º, VII). Consequentemente, definiu a LGPD de forma restritiva sobre quem recai a responsabilidade em caso de violação à legislação de proteção de dados pessoais, o que pode suscitar discussões sobre a responsabilidade de outros personagens, a exemplo, o encarregado de dados.

Ainda analisado o artigo 42 da LGPD, verifica-se que a conduta que conduz a obrigação de reparação é a ofensa específica às regras e princípios da LGPD. Portanto, deve existir nexo causal entre o suposto dano e a violação aos termos da LGPD (Cots, 2019). Se não houve essa violação, não há que se falar na responsabilidade decorrente de inobservância à LGPD, embora eventualmente se possa aplicar outra norma para se reparar eventual dano, a exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, como expressamente reconhecido na LGPD no art. 45¹⁷.

Importante frisar que a LGPD define, no art. 43, as situações em que os agentes de tratamento - controlador e operador - não serão responsabilizados: a) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; b) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou, c) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

¹⁷ “Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”.

Também, o artigo 42 da LGPD define que os agentes de tratamento respondem objetivamente pelos danos causados, “em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais”. Assim sendo, ao se proceder interpretação literal da LGPD está sugere que a culpa ou dolo não são requisitos necessários à caracterização do dever de reparar. Porém, na doutrina há discussão sobre a possibilidade de coexistência da responsabilidade objetiva e subjetiva na LGPD:

Pode-se afirmar, em outras palavras, que não há uma resposta unívoca à indagação sobre a espécie de responsabilidade civil que vigora no âmbito da LGPD. Tal como ocorre no Código Civil e, também, no Código de Defesa do Consumidor, ambos os regimes de responsabilidade civil – subjetivo e objetivo – convivem na legislação de proteção de dados pessoais. Dentre as hipóteses de responsabilidade subjetiva, o legislador destacou, por meio do parágrafo único do art. 44, a hipótese de ausência de adoção das medidas protetivas indicadas no art. 46, mas isso não afasta outros casos de responsabilidade civil subjetiva (por inobservância de deveres legalmente previstos para o agente que realiza o tratamento de dados pessoais alheios), e muito menos os casos de responsabilidade civil objetiva, decorrentes do tratamento de dados pessoais que não forneça a segurança que pode esperar o titular dos referidos dados, à luz das circunstâncias indicadas nos incisos do art. 44 da LGPD. (Bione e Doneda, 2021)

Além disso, o art. 43 da LGPD fixa as excludentes de responsabilização civil, apontando situações em que os agentes de tratamento de dados não serão responsabilizados, quando provarem: a) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; b) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou c) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Por fim, ressalte-se que a LGPD no art. 42, §1^a, incisos I e II, fixa a regra da responsabilidade solidária entre os agentes de tratamento de dados.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO A LGPD: DIÁLOGO DE FONTES ENTRE A LGPD E O CC

Na sociedade contemporânea, o diuturno avanço tecnológico conduz à existência de um novo paradigma de sociedade baseado, essencialmente, na informação, sendo que esses novos acontecimentos sociais passam a justificar necessidade de criação de novas fronteiras jurídicas, adequadas à realidade digital (Doneda, 2011).

Considera-se existir uma tensão entre desenvolvimento e privacidade, característica da sociedade da informação, e, por isso, diversas técnicas surgem na

tentativa mitigar os riscos à privacidade e de reparar possíveis danos, visando permitir a continuidade do desenvolvimento.

A LGPD, que entrou em vigor no Brasil em setembro de 2020, é frequentemente vista como a peça central na regulamentação da proteção de dados pessoais. Ela define claramente os direitos dos titulares de dados, as obrigações das organizações que coletam e processam esses dados, e os mecanismos de fiscalização e aplicação da lei. Porém, a LGPD não é a única protagonista quando se busca delinear a responsabilidade civil por violação às normas de proteção a dados pessoais.

Ao lado da LGPD, o Código Civil Brasileiro também desempenha papel fundamental na proteção da privacidade e da responsabilização em casos de violações à privacidade por inobservância às normas sobre proteção de dados pessoais.¹⁸

Isso porque, o Código Civil estabelece os princípios gerais da responsabilidade civil, que se aplicam amplamente a diversas situações, incluindo, também, aquelas relacionadas à proteção de dados e privacidade. Quando ocorre uma violação de dados pessoais que resulte em danos a terceiros, o Código Civil oferece as bases legais para se buscar a reparação do dano.

Nesse sentido, verifica-se que o CC subsidiou o legislador com normas elementares de responsabilidade civil¹⁹, notadamente dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, informando a máxima de que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ao se comparar esses dispositivos com a redação do artigo 42 da LGPD, nitidamente se percebe que o CC inspirou o regime de responsabilidade da Lei Geral de Proteção de dados.

Quanto a espécie de responsabilidade, embora para alguns ser imprecisa a redação da LGPD, uns defendem coexistirem a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva e outros que a responsabilidade é apenas a objetiva.

Essa divergência suscita curioso debate, pois, é análogo aquilo que ocorre no CC, pois neste diploma também convivem as cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva (art. 186 c/c art. 927, caput) e objetiva (art. 927, parágrafo único). De igual forma, a exemplo, o Código de Defesa do Consumidor também prevê a

¹⁸ Se reconhece que o CDC poderá incidir em determinadas situações, contudo, pelo fato do objeto da pesquisa focar no CC, não se fará abordagem das conexões entre a LGPD e o CDC.

¹⁹ Novakoski e Naspolini dizem que “a análise da disciplina da LGPD não pode dispensar toda a evolução do sistema de responsabilidade civil legado pelo direito privado, principalmente das normas do Código Civil” (Novakoski; Naspolini, 2020).

responsabilidade objetiva nos artigos 12 e 14, ambos no caput, e, também, a responsabilidade subjetiva no artigo 14º, § 4º.

Tartuce, no que diz respeito as condutas ilícitas praticadas no ambiente digital, defende que nesses casos a responsabilidade deveria ser objetiva, por entender que o ambiente digital expõe os usuários a riscos, vejamos:

No que diz respeito ao eventual dever de indenizar que decorre de condutas praticadas nesses ambientes, há tempos venho entendendo pela aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, retirada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, por oferecer o mundo digital uma série de riscos aos usuários. Entendendo da mesma forma, Guilherme Magalhães Martins pontua que, “mesmo nas relações privadas que não sejam de consumo, regidas pelo Código Civil, em muitos casos a atividade habitualmente desenvolvida é capaz por si só de ocasionar a responsabilidade por risco da atividade, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Logo, dão causa a risco de danos a terceiros, aproximando-se ‘sensivelmente’ do regime de responsabilidade por danos impostos aos fornecedores de serviço do Código de Defesa do Consumidor (Tartuce, 2023).

Vale frisar que embora se possa defender que na LGPD a responsabilidade seja objetiva, que dispensa provar a culpa do agente de tratamento, o mesmo não se pode dizer sobre a necessidade de configuração do nexo de causalidade para sua incidência.

Em contraponto aos argumentos dos defensores de que na LGPD vige o sistema da responsabilidade objetiva, Tasso (2020) aduz que:

Em todas as situações jurídicas em que o legislador excepcionou a regra da responsabilidade subjetiva no direito privado, o fez de modo expresso e inequívoco, a exemplo do emprego da expressão “independentemente da existência de culpa” nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor ou singelamente se referindo à obrigação de reparar o dano “independentemente de culpa”, como na cláusula geral do artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Não há na Lei Geral de Proteção de Dados qualquer artigo que se valha da expressão “independentemente de culpa” ou “independentemente da existência de culpa”, a indicar de modo inequívoco que o regime jurídico adotado fora o da responsabilidade objetiva.

Ainda, argumenta Tartuce (2023) que “o fato de a lei apontar quais são as excludentes de responsabilização civil é próprio do modelo de responsabilidade objetiva”, o que em tese denunciaria que o regime da responsabilidade na LPGD é a objetiva e não a subjetiva.

No mesmo sentido, Mendes e Doneda (2016), sugerem que o legislador optou pelo sistema da responsabilidade objetiva, justificando que a LGPD tem como “um de

seus fundamentos principais a diminuição do risco, levando-se em conta que o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares".

Tartuce (2023), de forma simples, porém eficiente, auxilia a entender como se afastar dois grandes obstáculos para que o ofendido alcance êxito em ação indenizatória:

Como sempre exponho em aulas e palestras sobre o tema, a ação de responsabilidade civil, para o seu autor ou demandante, é como uma corrida com dois obstáculos, representando cada um deles um ônus de provar. O *primeiro obstáculo é a culpa lato sensu, enquanto o segundo é o dano*. No entanto, é possível a retirada de um ou até de todos esses obstáculos para o autor da demanda. Quando se retira o *primeiro obstáculo, a responsabilidade do agente é objetiva, prescindindo da prova de culpa*. Na hipótese de *não existência do segundo, o dano causado à vítima é presumido ou in re ipsa*. (Tartuce, 2023).

Os argumentos supra de Tartuce associados a necessidade de facilitar o acesso do titular de dados pessoais a reparação de danos, justificaria viger o regime da responsabilidade objetiva na Lei nº 13.709/2018.

Embora sejam válidas as análises doutrinárias, o fato é que, em um país regido por um sistema de precedentes vinculantes²⁰, a celeuma apenas será apaziguada por ocasião de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Das análises alhures verificou-se a existência de compatibilidade entre a LGPD e o CC, notadamente no que tange as normas fundamentais da teoria da responsabilidade, estas definidas no Código Civil, que são linhas mestra para qualquer discussão sobre a responsabilidade civil.

Destaque-se que, para além de subsidiar a LGPD com normas fundamentais de responsabilidade civil, o CC, também, possui relação de complementariedade²¹ com a LGPD.

Exemplo de lacuna na LGPD – proposital ou não –, diz respeito a responsabilização do encarregado de dados. Este trata-se de pessoa indicada pelo controlador, responsável pela interface entre o controlador, os titulares dos dados pessoais e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). A função do

²⁰ Alguns juristas defendem que precedentes seriam aqueles taxados no art. 927 do Código de Processo Civil, outros que o art. 927 meramente exemplificativo e, por fim, aqueles que entendem que o art. 927 é inconstitucional. (Paschoal; Andreatti, 2018).

²¹ "Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente lacuna, (...) completude significa falta de lacunas". (Bobbio, 1982).

encarregado, também denominado de *Data Protection Officer* (DPO), pode ser exercida por uma pessoa física ou jurídica, com vínculo empregatício ou não com o controlador.

Em momento algum a LGPD previu responsabilidade para o encarregado de dados nos casos em que o dano a outrem fosse em razão do exercício de sua exclusiva atividade. A previsão de responsabilidade foi direcionada ao controlador e ao operador.

Entretanto, utilizando das normas fundamentais da teoria da responsabilidade contidas no CC para lançar luzes sobre a questão da responsabilidade do encarregado, é possível dizer que este poderia ser responsabilizado.

Entende-se que é possível responsabilizar o encarregado de dados, quando, por exemplo, essa função for exercida por uma pessoa natural, de forma exclusiva, em relação em que o mandante seja o controlador ou o operador, sendo mandatário o encarregado de dados.

Uma vez descumprindo o encarregado de dados as orientações do controlador ou do operador ou, ainda, não cumprindo com suas atribuições contidas na LGPD, se sua ação ou omissão acarretar dano a titular de dados pessoais, poderia este ser responsabilizado de forma direta ou, minimamente, em ação de regresso por aqueles.

Dentre as atribuições do encarregado de dados previstas na LGPD estão:

Aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências (art. 41, §2º, I). 2. Receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências (art. 41, §2º, II). 3. Orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais (art. 41, §2º, III). 4. Executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares (art. 41, §2º, IV)

Ainda, necessário realizar análise sobre o dano moral *in re ipsa*, denominado dano presumido (*damnum in re ipsa*), considerando a realidade legislativa do CC e da LGPD. Antes, importante entender o fenômeno nas palavras de Tartuce (2023):

Por seu turno, o dano moral objetivo ou presumido não necessita de prova. Utiliza-se a expressão em latim *in re ipsa* a fim de evidenciar um dano que decorre do simples fato ou da simples situação da coisa. Entendo que o dano moral presumido não é regra, mas exceção no nosso sistema, estando presente, por exemplo, nos casos de abalo de crédito ou abalo moral, protesto indevido de títulos, envio do nome de pessoa natural ou jurídica para o rol dos inadimplentes (Serasa, SPC), uso indevido de imagem, morte de pessoa da família ou perda de órgão ou parte do corpo (Tartuce, 2023).

Embora no Código Civil brasileiro, o termo "dano moral *in re ipsa*" não seja explicitamente mencionado, o CC fornece base normativa produto da interpretação dos artigos 186 e 927, ambos do CC. No que tange à LGPD, assim como no CC, o termo dano "moral *in re ipsa*" não é explicitamente mencionado, porém, há quem defenda sua aplicação na Lei Geral de Proteção de dados.

Analisando o dano moral *in re ipsa* na perspectiva do STJ, no julgamento do AREsp nº 2.130.619, o Tribunal declarou que o dano moral pelo vazamento de dados não sensíveis, por si só, não enseja em danos morais. Ainda, no Recurso Especial nº 1.456.702, sob relatoria do Marco Aurélio Bellizze, declarou-se que cabe ao titular dos dados demonstrar os pressupostos da responsabilidade civil. Assim, caberia ao titular dos dados, autor da ação indenizatória, comprovar o dano.

Ocorre que, em outro julgado, no REsp 1.758.799, de relatoria da Nancy Andrichi, entenderam que há dano moral presumido ao se disponibilizar dados pessoais sem consentimento do titular. Portanto, aguarda-se uniformização do STJ sobre a possibilidade do dano *in re ipsa* no contexto da LGPD, seja em caso de dados sensíveis ou não.

Desta feita, em que pesem os acirrados debates jurídicos sobre alguns temas referentes à responsabilidade civil na LGPD, o fato é que se verificou compatibilidade entre esta e o CC.

4 CONCLUSÃO

A LGPD cunhou regras específicas de responsabilidade civil visando regulamentar relações jurídicas em que houver violações às normativas da Lei nº 13.709/2018 no tratamento de dados pessoais.

Da análise do diálogo de fontes entre a LGPD e o CC, no que diz respeito ao regramento da responsabilidade por violações às normas de proteção de dados pessoais, não se verificam incompatibilidades substanciais entre a LGPD e o CC. Ao contrário, verifica-se uma simbiose benéfica entre essas legislações e, inclusive, uma relação de complementaridade.

Assim sendo, o CC fornece à LGPD valiosos fundamentos, sorvidos de sua teoria geral da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

BONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais:** a função e os limites do consentimento. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BONI, Bruno R.; DONEDA, Danilo (org.). **Tratado de proteção de dados pessoais** – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 338

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1982.

BORGES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAGA, Ruy Gomes. **Metamorfoses do capitalismo contemporâneo:** da sociedade pós-industrial à sociedade pós-fordista. 2004. Programa de Pós-Graduação em Sociologia, FFLCH-USP, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 set. 2023.

_____. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 15 set. 2023.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. In: **Seqüência** (Florianópolis), n. 76, p. 213-240, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/ZNmgSYVR8kfVZGYWW7g6nJD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 15 set. 2023.

CASA CIVIL. **Lei nº 12.527/11**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. [S. I.], 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 de set. 2023.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

COUTO, José Henrique de Oliveira. Vazamentos de dados e dano moral in re ipsa: comentários ao Agravo em Recurso Especial nº 2.130.619/SP. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 171-188, maio/ago, 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/Johnny-/Downloads/258-Texto%20do%20artigo-1460-1524-10-20230629.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Ontologia da Privacidade. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 393-417, jan./abr. 2020.

DONEDA, Danilo C. M. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 216 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIEVORI, Johnny Estefano Ramos. **Análise da reversão de dados anonimizados via produção antecipada de provas**. 2020. 91 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em:
<https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3319>.

MACHADO, Diego; DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e pseudonimização de dados. **Revista dos Tribunais**, vol. 998, **Caderno Especial**, p. 99-128. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, ano 27, p. 469-483, nov./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 3, v. 9, p. 38, out.-dez. 2016.

NOVAKOSKI, André Luis Mota. NASPOLINI, Samyra Haydê Dal Farra. Responsabilidade civil na LGPD: problemas e soluções. **Conpedi Law Review**, Evento virtual, v. 6, n. 1, p. 158 – 174, Jan/Dez, 2020. Disponível em:
<file:///C:/Users/Johnny-/Downloads/7024-20619-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale**. Bologna: Il Mulino, 1973.

_____. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Janeiro-Março, 2020, p. 107.

PASCHOAL, Gustavo Henrique; ANDREOTTI, Paulo Antonio Brizzi. Considerações sobre o sistema de precedentes judiciais no novo código de processo civil. **Revista Juris Toledo**, v. 03, n. 04, 2018. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.3_n.4.03.pdf. Acesso em: 19 mar. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

VERONESE, A.; MELO, N. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679 UE). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, ano 5, v. 14, p. 71-99, jan./mar. 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, dez. 1890, n. 5. Disponível em:
http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em: 18 set. 2023.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL APLICADO AOS CONTRATOS: ANÁLISE DO RESP 1.622.555/MG

Henrique Guaitolini
Rodrigo Gobbo Nascimento

RESUMO

O presente artigo se dedica ao estudo dos contratos e suas características primárias, bem como a Teoria do Adimplemento Substancial e seus fundamentos jurídicos, visando entender como ocorre a aplicação do referido instituto nas mais diversas relações contratuais. Dessa forma, se busca por meio deste, se utilizando de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase no REsp n.º 1.622.555/MG (relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgamento 22/02/2017), qual a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nas relações jurídicas, em especial nos contratos de mútuo gravados com alienação fiduciária. Em suma, percebe-se que o STJ possui posicionamentos favoráveis para a utilização da referida teoria, como no caso de contratos de seguros, por exemplo, mas desfavoráveis no caso de débitos alimentares. Ainda, no entanto, no caso dos contratos de mútuo com gravame de alienação fiduciária, em especial pelo REsp n.º 1.622.555/MG, não é passível de aplicação a referida teoria no que tange às ações de busca e apreensão, havendo uma mudança de posicionamento do tribunal, pois as referidas ações são regidas por lei especial, e como aquele não resta expressamente na lei, mas deriva do código civilista, por meio de seus princípios, rege a situação a lei específica, qual seja, o Decreto-Lei n.º 911/69, não sendo a teoria convergente ao teor daquela norma.

Palavras-Chave: Contratos; teoria do adimplemento substancial; alienação fiduciária em garantia; indivisibilidade da garantia.

ABSTRACT

The present study is dedicated to the study of contracts and their primary characteristics, as well as the Theory of Substantial Performance and its legal foundations, aiming to understand how the aforementioned institute is applied in the most diverse contractual relationships. Thus, through this, using bibliographic and jurisprudential research, with emphasis on REsp no. 1.622.555/MG (rapporteur Minister Marco Aurélio Bellizze, judgment 02/22/2017), what is the position adopted by the Superior Court of Justice for the application of the Theory of Substantial Performance in legal relationships, especially in loan contracts recorded with fiduciary alienation. In short, it can be seen that the STJ has favorable positions for the use of the aforementioned theory, as in the case of insurance contracts, for example, but unfavorable in the case of food debts. Still, however, in the case of loan contracts with lien of fiduciary alienation, especially by REsp no. 1.622.555/MG, the aforementioned

theory cannot be applied with regard to search and seizure actions, there being a change in the court's position, as the aforementioned actions are governed by special law, and as that is not expressly contained in the law, but derives from the civil code, through its principles, the specific law governs the situation, namely, the Decree-Law No. 911/69, the theory not being convergent with the content of that norm.

Keywords: Contracts; theory of substantial performance; fiduciary alienation in guarantee; indivisibility of guarantee.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos permeiam a vida de todos os indivíduos, voluntária ou involuntariamente, haja vista que para a simples compra de um mantimento para as necessidades fisiológicas mais básicas é necessário que seja realizada uma união de vontades, mesmo que oral e sem instrumento formal, para que seja realizada a transação, formando um negócio jurídico. Ainda, no Direito Contratual percebe-se a ascensão da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, questão está a ser tratada posteriormente, que se pauta dos princípios que emanam do Código Civil de 2002 em busca de relações mais justas e seguras.

Nessa senda, a referida teoria se mostra de grande valia em situações em que parte expressiva de uma obrigação é devidamente adimplida, restando uma ínfima parte em débito, gerando, assim, uma proteção e preservação do contrato pactuado. Nessa seara, é crível o estudo do comportamento dos tribunais superiores, em especial do STJ, quanto às várias situações de contratos existentes na sociedade, com destaque ao contrato de mútuo, gravado com garantia real.

Dessa forma, se busca por meio deste, se utilizando de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase no REsp n.º 1.622.555/MG (relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgamento 22/02/2017), qual a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial nas relações jurídicas, em especial nos contratos de mútuo, gravados com alienação fiduciária.

Em suma, mostra-se de relevância a temática, tendo em vista que a aplicação da referida teoria influencia na manutenção das relações jurídicas decorrentes de contratos, buscando a preservação das relações e a premissa da função social dos contratos, e, ainda, no que tange às ações de busca e apreensão, percebe-se

alteração no entendimento do STJ, pelo que doutrinadores e operadores do direito ainda não se atualizaram acerca do tema.

2 NOÇÕES PRELIMINARES DOS CONTRATOS

De forma preliminar a fim de ambientar o tema, insta conceituar o que seja contrato. Ocorre que o código civil vigente não tratou de explicitar qual seria o conceito de contrato, ficando tal incumbência a cargo da doutrina e dos operadores do direito. Dessa forma, em decorrência da evolução contratual, surgiram conceitos acerca do que seria tal negócio jurídico, tais como o clássico e o contemporâneo, sempre se pautando que se trata de mútua manifestação de vontades que se materializam neste instrumento para que se torne fonte de obrigação (Moreira Filho, 2021).

Partindo do pressuposto de que há uma lacuna legal quanto ao conceito de contrato, cita-se Paulo Nader (*apud* Moreira Filho, 2021, p. 18) que aduz que

contrato é vocábulo de significação estritamente jurídica e rico de conteúdo, pois se refere ao acordo de vontades, ao instrumento assinado pelas partes, ao campo normativo disciplinador das diferentes espécies e, ainda, ao departamento da ciência jurídica que estuda os princípios básicos atinentes à matéria. Em sua origem latina, a palavra *contractus*, de *contrahere*, significava relação duradoura. O verbo contrair mantém, ainda, o significado original, daí as expressões “contrair casamento”, “contrair hábitos”, “contrair amizade”

De forma mais sintética, mas não menos importante, Gomes (2022, p. 36) introduz que “*contrato* é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na *formação*, por exigir a presença, pelo menos, de duas *partes*. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral, ou plurilateral*”.

Nessa mesma linha de intelecção é o entendimento de Tartuce (2023), que, por oportunidade, complementa que o objetivo por trás daquele negócio jurídico é de cunho patrimonial. Não obstante ao que fora exposto, não se pode olvidar que o contrato é a principal fonte do direito obrigacional, sendo essencial para o ramo do Direito Privado.

No mais, o Direito Contratual é formado por princípios e, conforme conceituado por Tartuce (2023, p. 55), esses podem ser definidos “como regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais”.

O Direito Contratual pauta-se em quatro princípios, sendo eles: 1) a boa-fé; 2) o consensualismo; 3) a autonomia de vontade; e 4) a força obrigatória. Muito embora a boa-fé esteja anexa aos princípios clássicos (ou tradicionais), sendo os três últimos citados, tendo em vista sua previsão desde o Código Comercial de 1850, aquele princípio com o advento do Código Civil vigente, exsurgiu com destaque, com funções e entendimentos doutrinários novos, pelo que se passou a cotá-lo dentre os três novos princípios contratuais, quais sejam, 1) boa-fé; 2) função social; e 3) equilíbrio econômico (Gomes, 2022).

Por fim, quanto às formas de extinção dos contratos, pode-se dividi-las em três categorias: 1) extinção natural do contrato; 2) por causas de dissolução do contrato que sejam anteriores ou existentes na ocasião de sua formação; e 3) por causas extintivas do contrato posteriores à sua formação (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

No que tange à forma da extinção natural do contrato, estão inclusas todas as formas de dissolução que foram ocasionadas por uma circunstância acordada e esperada pelas partes contratantes, podendo ocorrer pelo cumprimento do contrato ou exaustão do seu objeto; pelo advento do termo de vencimento do contrato, independente da execução das obrigações terem não terem sido totalmente cumpridas; ou pela implementação de uma cláusula resolutiva se reportando a ocorrência de um fato, ou seja, sendo limitada por um acontecimento de evento futuro e incerto (Gagliano; Pamplona Filho, 2023).

São representantes de causas pretéritas ou contemporâneas que podem ocasionar a extinção dos contratos, por exemplo, a nulidade, tendo em vista que a lei preleciona requisitos para que seja considerada a validade deste negócio jurídico, sendo que o descumprimento das formalidades gera aquela sanção; por meio de condição resolutiva, podendo ser tácita - a extinção necessita ser por via judicial - ou expressa - a extinção não necessita ser por via judicial; dentre outras (Diniz, 2023).

Por outro lado, citam-se como causas extintivas do contrato supervenientes à formação dos contratos, as causas inerentes à inexecução do contrato, de forma voluntária e involuntária; em decorrência de onerosidade excessiva; e, em especial, o distrato ou resilição bilateral, que ocorre quando ambos os participantes da relação jurídica entendem por resilir o contrato, devendo ocorrer na forma conforme preceitua a lei para que o art. 473 do CC/2002 produza seus efeitos (Diniz, 2023).

3 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

O surgimento da teoria do adimplemento substancial do contrato é proveniente do *common law*, em que se adota o nome de substancial performance, que, em síntese, entende que o contrato não poderia ser resolvido, muito embora não cumpridos seus termos em sua totalidade no tempo e modo acordados, quando ocorre o cumprimento parcial da obrigação chegando próximo do resultado consignado. No Brasil, tal questão foi tratada pela doutrina, e posteriormente abordada nos tribunais pátrios, estabelecendo a ligação da teoria com o princípio da boa-fé objetiva (Martins-Costa, 2018).

Em posição exarada pelo STJ, conforme se extrai da ementa do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1691860/PR, reza que “segundo a Teoria do Adimplemento Substancial, diante do inadimplemento das partes, constatado o cumprimento expressivo do contrato, em função da boa-fé objetiva e da função social, mostra-se coerente a preservação do pacto celebrado”. Tal posição vai ao encontro do que ficara aprovado na IV Jornada de Direito Civil, sob o enunciado n.º 361¹, sobre o tema.

Segundo Torres (2009), a aplicação do referido instituto se deve pautar no entendimento trazido pelos arts. 475 e 395, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002, que versam sobre a possibilidade/direito de resolver o contrato nos casos de inadimplemento e/ou quando restar caracterizado que é inutilizável a concretização da obrigação para credor, sem prejuízo de indenização por perdas e danos. Ademais, tal teoria também encontra respaldo legal nos princípios norteadores das relações contratuais, todos com fundo constitucional, dentre eles a função social dos contratos (art. 421 do CC/2002), a vedação ao abuso de direito (art. 86 do CC/2002) e ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002), e, com o devido destaque, a boa-fé objetiva (art. 422 do CC/2002), (Brasil, 2002).

Continuando, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial é manifestação do princípio da boa-fé objetiva, na função corretiva, sendo seu fundamento a cláusula geral de que trata o art. 187 do CC/2002, que aduz acerca da

¹ Enunciado n.º 361: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

ilicitude do credor ao manifestar-se de forma a exceder, dentre outros, o princípio acima mencionado, sendo um limitador do direito subjetivo daquele (Rizzato, 2023).

Sem delongas, haja vista tratar-se apenas de uma introdução à teoria trabalhada, cita-se o desembargador Jones Figueiredo Alves (*apud* Amorim, 2018, p. 15), em sua obra *O adimplemento substancial como elemento decisivo à preservação do contrato*, ocasião em que aduz sobre a essência da Teoria do Adimplemento Substancial:

Com efeito, o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desestrutivio do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato.

4 ENTENDIMENTO E APLICAÇÃO DA TEORIA, CONFORME O STJ

Tendo sido realizadas considerações propedêuticas acerca dos contratos e da teoria do adimplemento substancial, passa-se a enunciar alguns importantes julgados provenientes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para que seja demonstrado o entendimento e a aplicação de tal teoria pelo referido tribunal. A respeito da aplicação da teoria supracitada nos contratos de mútuo com garantia real, tal temática será trabalhada em outro tópico.

4.1 EM SEGURO DE COISAS

Embora seja longínquo o julgamento deste caso, haja vista que ocorreu em 11/12/1995, sob a relatoria do ministro Ruy Rosado de Aguiar, o REsp n.º 76.326/MT, foi um caso paradigmático que contribuiu para a formação do entendimento do tribunal julgador. *In casu*, a seguradora envolvida negou cobertura a uma segurada, pois, a última parcela do prêmio, que fora dividido em 4 (quatro) vezes, estava em atraso e aquela se negou também a *quantum* pelo mesmo motivo, pelo que entendeu que o contrato havia se resolvido.

Quando do julgamento da demanda, o tribunal suscitou, além dos argumentos lançados pela recorrente, três pontos, sendo eles: a) a seguradora havia aceitado a 2^a e 3^a prestação em atraso, justificando uma expectativa de aceite por parte da segurada, pelo que, abruptamente, mudaram de posição/comportamento; b) considerando valor total do prêmio, o inadimplemento da última prestação não legitima

a seguradora para resolver o contrato, pois presente o adimplemento substancial deste; e c) caso se entendesse pela resolução do contrato, seria necessário que a seguradora procurasse a jurisdição estatal para ajuizar uma demanda que viabilizasse a pretensão de findar com o contrato.

Dessa forma, no julgamento acima, não obstante o que prevê o art. 763² do CC/2002, (Brasil, 2002) o referido tribunal entendeu pela aplicação do adimplemento substancial a fim de julgar procedente a ação da recorrente, a qual buscava indenização em decorrência de sinistro ocorrido.

4.2 EM DÉBITOS ALIMENTARES

Adentrando na seara do Direito de Famílias, no julgamento do Habeas Corpus n.º 439.973/MG, julgado em 16/08/2018, o STJ tratou de um caso em que o devedor de pensão alimentícia, preso por inadimplemento da respectiva obrigação, posteriormente realizou adimplemento do *quantum* de 95% (noventa e cinco por cento) da totalidade do débito alimentar. O juiz de primeiro grau havia deferido a ordem de liberdade, e, em sede recursal, houve a mudança da ordem, pelo que o Tribunal de Minas Gerais entendeu por manter a prisão do devedor.

Não concordando com o *decisum*, fora impetrado o referido remédio constitucional em prol do paciente, ora devedor, fundamentando-se que o decreto de prisão seria ilegal, bem como estava ausente fundamentação na decisão. Não obstante ao que fora alegado pelas impetrantes, não tendo elas mencionado a teoria aqui estudada, alguns ministros suscitaram a possibilidade da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial em decorrência do *quantum* já pago, e votaram em prol da soltura do paciente pela ordem de *habeas corpus*, não tendo tal voto sido o vencedor.

Pelo voto vencedor, não obstante o pagamento parcial do débito alimentar, entendeu-se que nas relações jurídicas que envolvam questões familiares não é possível a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, mas somente em relações jurídicas contratuais, pelo que foi denegada a ordem, devendo o paciente permanecer detido.

² Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

4.3 EM SEGURO-SAÚDE

Por fim, por meio do julgamento do REsp n.º 293.722/SP, julgado em 26/03/2001, de relatoria da ministra Nancy Andrigi, fora tratado um caso em que uma beneficiária, estando internada, teve suspensa sua cobertura médica, pelo atraso de pagamento de 1 (uma) mensalidade do plano de saúde, ou de forma técnica, 1 (uma) parcela do prêmio. Dessa forma, a beneficiária ajuizou ação buscando reconhecimento quanto ao seu direito à indenização securitária, pelo que foi provido nas instâncias anteriores.

O referido tribunal não deu razão aos pleitos recursais da seguradora de seguro-saúde, rechaçando a conduta exaurida, pelo que ficou consignado:

O simples atraso no pagamento de uma das parcelas do prêmio não se equipara ao inadimplemento total da obrigação do segurado, e, assim, não confere à seguradora o direito de descumprir sua obrigação principal, que, no seguro-saúde, é indenizar pelos gastos despendidos com tratamento de saúde. (REsp n. 293.722/SP, relatora Ministra Nancy Andrigi, Terceira Turma, julgado em 26/3/2001, DJ de 28/5/2001, p. 198, Brasil, STJ, 2001).

Assim sendo, de forma implícita, fora aplicada a teoria do adimplemento substancial, sendo que, para ocorrer a suspensão ou encerramento do contrato, em decorrência de desequilíbrio contratual, é necessário que haja manifesto inadimplemento, a ponto de prejudicar o credor em receber aquilo que lhe seria devido.

5 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE MÚTUO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: UMA PROBLEMÁTICA. POSIÇÃO DO STJ

Tendo já sido feita uma introdução acerca da natureza e outras particularidades dos contratos, surge a seguinte hipótese: contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia. Haverá conflito entre a aplicação da teoria do adimplemento substancial e o princípio da indivisibilidade da garantia real?

Tal espécie de contrato encontra-se devidamente prevista no art. 586³ do Código Civil de 2002, sendo feita a delimitação primária de suas características. De

³ Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade (Brasil, 2002).

forma mais desenvolvida e sofisticada, acerca da referida espécie de contrato, Gomes (2022) define que

O *mútuo* é o contrato pelo qual uma das partes empresta a outra coisa fungível, tendo a outra a obrigação de restituir igual quantidade de bens do mesmo gênero e qualidade. A característica fundamental do *mútuo* é a transferência da propriedade da coisa emprestada, que sucede necessariamente devido à impossibilidade de ser restituída na sua individualidade. Daí se dizer que é *contrato translativo*. A propriedade da coisa se transmite com a tradição.

Em síntese, trata-se um contrato real, cuja tradição é requisito para a concretização do mútuo, que essencialmente é unilateral, haja vista que o tomador do mútuo é o único que assume obrigações, podendo ser gratuito, por natureza, ou oneroso, devendo-se consignar expressamente o caráter de interesse econômico, e, por fim, possui prazo certo para sua duração, sendo um contrato temporário (Rizzato, 2023).

Feitas tais colocações acerca dos contratos de empréstimo de mútuo, apresentar-se-ão posições do STJ quanto à aplicação da teoria do adimplemento substancial nos respectivos contratos garantidos por alienação fiduciária.

5.1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: CONCEITUAÇÃO

A lei preleciona, logo após tratar da propriedade resolúvel, em seu art. 1.361, *caput*, do CC/2002, acerca da propriedade fiduciária no que tange aos bens móveis. *In verbis*:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor (Brasil, 2002).

Insta salientar que, nos tipos de bens supracitados, o código civilista só será aplicado nas alienações fiduciárias em garantia, nos casos em não exista lei especial que reja a relação jurídica, ou seja, nos casos em que os contratos não forem celebrados por instituições financeiras. Por sua vez, diferente dos bens móveis que são tratados, os bens imóveis são tratados, em regra, pela Lei n.º 9.514/1997 (Tartuce, 2023).

Assim, de forma conceitual, a alienação fiduciária em garantia, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 56), “trata-se de negócio jurídico bilateral, por meio do qual se realiza a transferência da propriedade de uma coisa ao credor, em

caráter resolúvel, com a finalidade de garantir uma determinada obrigação". Continuando, o negócio pode tratar tanto de bem móvel quanto imóvel, e nessa relação percebe-se a existência da figura do alienante, do devedor fiduciante e do credor fiduciário, com suas devidas particularidades.

5.2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA X TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: ANÁLISE DO RESP n.º 1.622.555/MG

Em decisão recente no julgamento do REsp n.º 1.622.555/MG pelo STJ, julgado em 22/02/2017, tratou-se de contrato de financiamento de bem móvel gravado com alienação fiduciária, em que ocorreu o inadimplemento das 4 (quatro) últimas parcelas num total de 48 (quarenta e oito) por parte do fiduciante e a financeira, por sua vez, ajuizou ação de busca e apreensão do veículo com base no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 911/69. O julgador no 1º grau julgou extinta a ação, por entender - com base no adimplemento substancial da obrigação - que a autora usou a via errada para satisfazer seu crédito, ficando consignado que não há possibilidade de aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial em tais casos, muito embora, grande parte do valor do débito esteja quitado, em decorrência das mudanças que ocorreram no Decreto-Lei n.º 911/1969 que rege normas sobre a alienação fiduciária.

Quando do julgamento, o relator destacou que a pretensão acerca da teoria suscitada era impedir a resolução da relação contratual em decorrência de pequena parte da obrigação não adimplida. Quanto a isso, aduz que:

A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada. É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas – mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação – e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais,

com o nítido propósito de desestimular o credor – numa avaliação de custo-benefício – de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada” (REsp 1.622.555/MG, Brasil, STJ, 2017).

Por ser uma garantia real, existem princípios que norteiam o processo da alienação fiduciária, a destaque, o Princípio da Indivisibilidade da Garantia. Esse princípio, previsto no art. 1.421 do CC/2002, preleciona que, mesmo que ocorra pagamento de parte do débito, o bem gravado permanece na totalidade garantindo a obrigação, não havendo uma redução proporcional do valor da garantia (Venosa, 2023).

Art. 1.421. O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação (Brasil, 2002).

Nessa senda, não se pode olvidar que em decorrência da existência das garantias reais, que no seu cerne ajudam na minimização do risco da operação para as instituições financeiras, verifica-se uma taxa mais baixa de juros quando o contrato é assinado pelas partes. Fora isso, o fato de existir um bem gravado em prol da obrigação faz com que o devedor não cometa atitudes arriscadas, como o não adimplemento do contrato, haja vista que caso o faça poderá perder o bem, gerando, assim, maiores garantias para o credor (Rodrigues, Takeda e Araújo, 2004).

Tartuce (2023), por sua vez, entende que a mudança de entendimento promovida pelo tribunal é um retrocesso e que tal posicionamento deve ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre a Teoria do Adimplemento Substancial, o referido autor aduz que, em decorrência da pandemia do COVID-19, deve ser aplicada, calcada nos princípios da função social do contrato e da preservação do negócio jurídico, objetivando a manutenção de atividades econômicas e empresas.

Por fim, conforme julgamento do REsp n.º 1255179/RJ pelo STJ, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial não é justificativa para a não quitação do remanescente da obrigação não adimplida. Veja-se:

A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação. (Brasil, STJ, 2015).

6 CONCLUSÃO

Conforme exposto, os institutos previstos pelo Direito Contratual, direta ou indiretamente, serão utilizados por inúmeras vezes na vida de qualquer pessoa que tenha convivência.

Sendo o Código Civil de 2002 dotado de vários princípios, deriva desses a Teoria do Adimplemento Substancial, em especial, da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da preservação dos contratos, que busca que não haja a resolução do contrato, caso haja inadimplemento remanescente ínfimo.

O STJ possui posicionamentos favoráveis para a utilização da referida teoria, como no caso de contratos de seguros, por exemplo, mas desfavoráveis no caso de débitos alimentares.

Percebe-se que, no entanto, no caso dos contratos de mútuo com gravame de alienação fiduciária, em especial pelo REsp n.º 1.622.555/MG, não é passível de aplicação a referida teoria no que tange às ações de busca e apreensão, havendo uma mudança de posicionamento do tribunal, pois as referidas ações são regidas por lei especial, e como aquele não resta expressamente na lei, mas deriva do código civilista, por meio de seus princípios, rege a situação a lei específica, qual seja, o Decreto-Lei n.º 911/69, não sendo a teoria convergente ao teor daquela norma.

Por fim, restou explícito, conforme entendimento do STJ, que a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial não serve para que o inadimplemento residual do devedor se perpetue, mas, sim, para que haja a preservação do contrato, com base nos princípios basilares do Direito Contratual, devendo aquele agir com boa-fé e cumprir na integralidade com aquilo que fora acordado que seria sua obrigação contratual.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Paula Farias. **Da inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos com alienação fiduciária em garantia de bens móveis**: uma análise acerca do RESp. de nº 1.622.555/MG do STJ. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.**
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.
Acesso em: 01 nov. 2023.

_____. STJ. REsp n.º 1.622.555/MG. Relator Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, DJe de 16/3/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502797328&dt_publicacao=16/03/2017. Acesso em: 01 nov. 2023.

_____. STJ. AgInt no REsp n.º 1691860/PR. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/10/2019, DJe de 22/10/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702023971&dt_publicacao=22/10/2019. Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. REsp n.º 76.362/MT. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, DJ de 1/4/1996, p. 9917. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500506351&dt_publicacao=01/04/1996. Acesso em: 02 nov. 2023.

_____. STJ. Habeas Corpus n.º 439.973/MG. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe de 4/9/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800536687&dt_publicacao=04/09/2018. Acesso em: 03 nov. 2023.

_____. STJ. REsp n.º 293.722/SP. Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/3/2001, DJ de 28/5/2001, p. 198. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200001352377&dt_publicacao=28/05/2001. Acesso em: 03 nov. 2023.

_____. STJ. REsp n.º 1.255.179/RJ. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, DJe de 18/11/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101144378&dt_publicacao=18/11/2015. Acesso em: 03 nov. 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v.3. São Paulo, SaraivaJur, 2023.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Contratos. v.4. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

_____. **Novo curso de direito civil**: direitos reais. v.5. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA FILHO, Wilsomar Alves. **Teoria geral dos contratos**: análise dos princípios basilares e das formas de extinção correlacionadas à pandemia da COVID-19. Monografia (Graduação em Direito) – Escola de Direito e Relações internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1645/1/WILSOMAR%20ALVES%20MOREIRA%20FILHO.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

RODRIGUES, Eduardo Augusto de Souza; TAKEDA, Tony; ARAÚJO, Aloísio Pessoa de. **Qual o impacto das garantias reais nas taxas de juros de empréstimo bancário no Brasil? Uma breve avaliação com base nos dados do SCR**. Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central do Brasil – Depop. São Paulo, 2004. Disponível em:
<https://www.bcb.gov.br/pec/semebancred2004/port/paperVI.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. v.3. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Direito Civil: Direito das Coisas**. V.4. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TORRES, Paula Cunha Menezes Torres. **A Teoria do Adimplemento Substancial**. Artigo Científico (Pós-Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/PaulaCunhaMenezesTorres.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito civil: direitos reais**. v.4. Barueri: Atlas, 2023.

UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO: A SOBREPOSIÇÃO DA ENTREGA VOLUNTÁRIA AO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR EXTENSIVA

Leandra Falcheto Bertoldi

Valéria Angela Colombi Marchesi

RESUMO

Certamente, a família mudou e tomou novos contornos, ademais, existe desde épocas remotas e foi se modelando de acordo com a evolução da sociedade. Novos arranjos familiares foram constituídos e amparados e com todas alterações, por certo, a mulher também foi levada a evidência e sua vontade respeitada. Caracterizando-se também o problema de pesquisa deste estudo, apresenta-se o instituto da entrega voluntária de filho para Adoção e como se sobrepõe à convivência familiar extensiva, demonstrando que seu propósito é de proteção, não somente da genitora, mas também, resguarda o melhor interesse da criança. A pesquisa metodológica encontra amparo em doutrinadores de renome, na legislação e entendimentos de tribunais, desmisticificando, por fim, o Instituto, que tem por base o amor, bem como a conexão da maternidade com mulher na sociedade atual.

Palavras-Chave: Adoção; entrega voluntária; princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

ABSTRACT

Certainly, the family has changed and taken on new contours, moreover, it has existed since ancient times and has been shaped according to the evolution of society. New family arrangements were created and supported and with all the changes, the woman was also made evident and her wishes respected. Also characterizing the research problem of this study, the study presents the institute of voluntary surrender of a child for Adoption and how it overlaps with extensive family life, demonstrating that its purpose is to protect not only the mother, but also safeguards the best interests of the child. Methodological research finds support in renowned scholars, legislation and court understandings, ultimately demystifying the Institute, which is based on love, as well as the connection between motherhood and women in today's society.

Keywords: Voluntary surrender; adoption; principle of best interests of children and teenagers.

INTRODUÇÃO

Diante da evolução da sociedade, dos costumes e, por conseguinte, da família, principalmente no que concerne à sua roupagem, que hoje está envolta no afeto, o que trouxe, dentre outros, a igualdade entre as pessoas, não havendo mais distinção

legal entre homem e mulher, além da proteção aos entes que compõem a entidade familiar, pretende-se, com o trabalho, demonstrar um breve olhar sobre as transformações da estrutura familiar no tempo, com enfoque em suas mudanças estruturais, que passou de patriarcal, para democrática, entretanto, ainda estigmatizada com o papel maternal da mulher.

Em seguida, será tratado, no âmbito da estrutura familiar, sobre a adoção com vistas ao melhor interesse da criança, que passou de objeto para sujeito de direito, sendo amparada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que, com base na Constituição Federal de 1988, exaltou a situação especial da criança, com a proteção da família, do Estado e da sociedade, trazendo a adoção como, mesmo que excepcional, uma forma de proteção da criança e do adolescente.

Em respeito ao princípio acima referido, na sequência será tratado da sobreposição da entrega voluntária de filho sobre o princípio da família extensiva, no qual se vislumbra a maternidade afetiva, que visa dar uma vida digna para criança entregue para adoção, seguindo as determinações legais.

No que tange aos argumentos oferecidos, do ponto de vista metodológico, foi realizada uma pesquisa exploratória mediante busca bibliográfica e entendimentos de tribunais, já que o tema proposto vai ao encontro da normalidade, que opera mediante sigilo judicial e administrativo.

Dessa forma, a proposta deste trabalho foi trazer a lume mais uma situação que ocorre na nova estrutura da família, em que a mãe tem o direito de entregar o seu filho para adoção, enaltecedo assim, a entrega voluntária e, por conseguinte, o melhor interesse da criança, sendo o tema relevante, pois traz questionamentos que espelham na cultura e na sociedade de que a entrega é ato de amor e dignidade da pessoa humana.

1 UM BREVE OLHAR SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES DA ESTRUTURA FAMILIAR NO TEMPO

Não existem dúvidas que, dentro do núcleo familiar, desde a criação do instituto família, existem funções as quais foram determinadas, a depender do momento e do contexto histórico no qual são inseridas. Tais papéis não aparecem de modo aleatório na dinâmica familiar, mas servem de instrumento para o controle social (Ghilardi, 2017).

Nessa senda, é notável que a estrutura familiar passou por mudanças significativas no último século. Atualmente, as entidades familiares começaram a abranger uniões livres, bem como o afeto como um importante laço nas relações de parentesco, e tais mudanças na sociedade trouxeram debates para o direito contemporâneo, aproximando-o da realidade, passando a ter, portanto, uma crescente defesa da prioridade da afetividade nas relações familiares frente aos vínculos biológicos (Calderón, 2017).

O núcleo familiar remonta desde a antiguidade. Em Roma, no cerne deste núcleo estava o ascendente comum mais velho, o “*pater famílias*”, e este detinha o poder da família, uma unidade política, religiosa e econômica, uma unidade que possuía seu próprio governo (Hatem, 2015).

À vista disso, percebe-se que o direito romano contribuiu para a existência do patriarcado, consanguinidade, estabilidade do matrimônio e afins, juntamente com os esforços colocados pela Igreja Cristã, sendo apoiada pelo Estado. Nota-se essa tutela pelo Código Cível de 1916, pregando uma família destacada pelo matrimônio, como um núcleo legítimo, patrimonialista e indissolúvel. Contudo, a legislação elencada pelo código passado não demonstrava a realidade da sociedade, negando a existência de uma pluralidade de famílias (Ghilardi, 2017).

A instauração do patriarcado manifestou-se devido à propriedade privada e a produção de excedentes, sendo que este excedente é extremamente necessário, pois, assim as famílias passam a ser uma propriedade privada (Lerner, 2019).

O surgimento dessa propriedade privada traz uma mudança para com as relações sociais da família, surgindo a consolidação de uma construção social em que o homem detém mais poder e a mulher se torna submissa. Antes do surgimento do patriarcado, essa mesma mulher era vista como uma divindade, pois ela tornava possível a reprodução, porém, com a aquisição de novos conhecimentos, e uma nova perspectiva de sociedade, o homem é posto em destaque, sendo visto como o centro do universo (Lessa, 2012).

Historicamente, a compreensão entre família e infância não estava associada ao aspecto afetivo, não era algo inerente ao relacionamento familiar, por motivos como um número alto de filhos em uma família, a alta mortalidade infantil, bem como passar o cuidado dos menores para terceiros, fazendo com que o afeto nas relações parentais fosse dissipado (Ariès, 2017).

Porém, com a superação de certos dogmas e princípios da sociedade, outrora considerados inabaláveis, a regulamentação no âmbito das relações familiares experimentou significativas mudanças sociais, impactando diretamente no direito de família, possuindo agora uma abordagem que não condiz com a visão sobre famílias do começo do século XX, e impactando em novas reformas legislativas (Gama, 2008).

Ocorre que, em 1988, deu-se a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, e com ela a transformação de valores que foram base para um direito civil responsável pela reforma do direito da família. Surge então, no ano de 2002, a Lei 10.402, o atual Código Civil Brasileiro, promovendo o reconhecimento de direitos fundamentais, e reparando discriminações passadas (Ghilardi, 2017).

No entanto, as marcas de uma sociedade patriarcal ainda persistem, ganhando força a ideia de que a realização de uma mulher está vinculada à figura de ser mãe, tornando-se uma parte de sua identidade, e uma falha caso não queira ser (Motta, 2008).

Hoje, porém, é plausível que uma mulher não deseje exercer a maternidade, por variados motivos, como fatores sociais, econômicos, culturais e afins, surgindo neste meio o papel do direito, para que seja enfrentada os estigmas associados à mulher e maternidade, abrindo a possibilidade do não exercício da maternidade pela entrega voluntária (Paes, 2022).

Fica claro que, com o passar do tempo, a maternidade ficou ligada à mulher, parecendo algo natural a ela, em que todas necessitam exercer esse papel, não se tratando de algo natural ao feminino ser procriadora e criadora de sua prole, mas, sim, algo determinado pela sociedade patriarcal com o passar de décadas (Badinter, 1985).

2 A ADOÇÃO COMO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

De acordo com Souza e Fernandes (2020) *apud* Pereira (2016), a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa receberá o filho de outra como seu, não importando relações de parentesco consanguíneo”.

Na Roma antiga a adoção era impactada diretamente pela religião, vista como uma forma de perpetuar o culto doméstico, sendo uma saída para evitar a extinção de uma família e mantendo a adoração a seus antepassados. Assim, aquele que não

pudesse conceber um filho poderia adotar uma criança, protegendo a religião doméstica. Desse modo, zelaria pela salvação de seu lar (Coulanges, 2008).

A adoção era puramente para dar continuidade ao culto do lar, e, portanto, o filho adotivo precisava abandonar todos os contatos com sua família biológica, uma vez que não poderia honrar com todos os lares. Dessa forma, sua linha de parentesco para com sua família de nascimento estava rompida, o filho nunca mais poderia voltar ao meio no qual nascera (Coulanges, 2008).

Contudo, na Idade Média, a adoção passou por uma estrondosa mudança, e, mais uma vez por influência da Igreja predominante à época, desestimulou o instituto da adoção, apontando que o “filho não natural” poderia ser um adversário ao casamento. Devido a isso, houve certo terror acerca da possibilidade de filhos fora do matrimônio poderem ser reconhecidos perante a sociedade, e somente com tal pensamento que a adoção entrou, com certas condições, na legislação da época (Borghi, 1990).

No Brasil, à época do Código Cível de 1916, detinha-se o entendimento que, caso não fosse possível aos casais terem filhos, eles se voltariam à adoção, como forma de aumentar a família, tendo em vista que os membros dentro de um núcleo familiar cumpririam função econômica. Foi com a Constituição Federal de 1998 que a parte social do instituto da adoção ganhou destaque (Matos e Oliveira, 2012).

Com a nova constituição, utilizando-se a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, o Brasil ficou no rol de nações que colocam crianças e jovens como sujeitos de direito, adotando, assim, um sistema garantista para a proteção integral de seus direitos fundamentais, implementado pela Lei n. 8.069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, buscando não somente ditar o direito material, mas focando na efetiva tutela do direito que tem como alvo o público infantojuvenil (Maciel, 2013).

Pereira (2016) afirma que a legislação não consegue acompanhar as mudanças das famílias contemporâneas, pois são muito mais ricas do que se é possível conter por uma lei. Nessa linha, é necessário voltar-se para os princípios gerais do direito. Assim sendo, existem alguns que se fazem fundamentais para o direito de família, e aqui terá destaque o princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança foi incorporado pela Constituição Federal de 1988 através de seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

Na perspectiva de Maciel (2013), o princípio supra deve atender o melhor interesse das crianças e adolescentes, ou seja, acima de qualquer circunstância, até do que o próprio sujeito de direito deseja, necessita ser utilizado de forma que, objetivamente, atenderá a sua dignidade, seus direitos fundamentais, nunca esquecendo que aqui a finalidade principal é a proteção e o suprimento das necessidades da criança e adolescente.

Em seu artigo 1º e 3º, o ECA prevê a proteção integral à criança e ao adolescente, “gozando de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (Brasil, 1990).

Ainda dentro da legislação, o art. 39, em seu parágrafo 1º, coloca a adoção como uma medida excepcional, apenas quando todas as outras formas de manterem a criança e adolescente em sua família natural ou extensa tiverem, por fim, se esgotado (Brasil, 1990).

Nessa senda, conforme apontado por Matos e Oliveira (2012), o melhor interesse para a criança se encontra frequentemente nos processos de adoção, pois, em concordância com o art. 43 do estatuto, a adoção acontecerá quando forem apontados, no curso dos processos de adoção, vantagens para o adotando.

3 A SOBREPOSIÇÃO DA ENTREGA VOLUNTÁRIA AO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR EXTENSIVA

O Instituto da Entrega Voluntária foi instaurado como uma forma de que, a mulher que não deseja ser mãe, entregue a criança para o sistema jurídico, de forma anônima caso o queira realizar, assegurando a liberdade do exercício ou não da maternidade, indo contra os estigmas instaurados pela sociedade brasileira, também

visando minimizar uma exposição arriscada aos menores que estão em um contexto indesejado (Paes, 2022).

Em análise ao mencionado instituto, questiona-se: como conciliar o direito do sigilo à mulher, em face do interesse da criança em participar da vida com sua família biológica? *Prima facie*, o anonimato da entrega vai contra, em tese, outros direitos da criança, seja conviver com suas origens biológicas ou conviver com o genitor, quando este pode escolher exercer a paternidade de forma responsável (Paes, 2022).

Devido a isso, é fundamental analisar alguns princípios que regem o direito da criança e adolescente, bem como a entrega voluntária, sendo o primeiro deles o princípio da dignidade humana e da paternidade responsável, conforme estabelecido no §7º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil. Vejamos:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (Brasil, 1988).

De acordo com a perspectiva de Nogueira da Gama (2008), é necessário entender a dignidade humana não como um princípio absoluto ao casal, mas também do menor que virá a nascer, sendo crucial proteger a futura pessoa. É evidente que um dos papéis do Estado é garantir que os genitores tenham os recursos necessários para proporcionar uma vida digna à criança.

Gama (2008) continua apontando que a paternidade responsável não significa apenas a decorrência de relações carnais, mas também do impacto posterior ao nascimento da infante, conectando-se, assim, socialmente ao princípio da dignidade humana.

Adentrando nos princípios regentes do direito da família, o princípio da afetividade surge da convivência familiar, e não somente dos laços sanguíneos, logo afetividade não surge somente de membros familiares (Dias, 2017).

Indo contra a doutrinadora, embora a afetividade seja essencial para o direito da família, o Estatuto da Criança e Adolescente - ECA (Brasil, 1990) ainda prioriza a consanguinidade, utilizando os critérios biológicos como determinação para onde os menores serão criados. Ficou estabelecido pela Lei nº 8.069/90, em seu artigo 19, com alterações advindas pela Lei 13.257/16:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (Brasil, 1990).

Percebe-se a existência da preferência pela família natural, sendo seguida pela família extensa e, por fim, a família substituta (Brasil, 1990).

Apesar disso, o artigo 19-A, do ECA (Brasil, 1990), dispõe que a gestante que tenha o interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou depois do nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

Ainda que o Estatuto se incline para tal entendimento, é necessário mencionar que, como observa Silva (2000), a criança e adolescente passaram a realizar a posição de protagonistas no âmbito do ECA e que, a partir desde enquadramento jurídico, os menores recebem tutela do Estado contra os pais, visando a que seus direitos sejam protegidos.

Tendo em vista a análise dos princípios e o sistema da entrega voluntária, percebe-se a distinção na entrega voluntária de “abandono”, daquela genitora que deixa o filho, para aquela que o “entrega”, conferindo a segurança tanto do menor, quanto dela, deixando-o para que a criança se desenvolva em sua máxima potencialidade (Paes, 2022).

Nas palavras de Alves (2019), não cabe julgar os motivos que levaram a mãe a escolher pela entrega voluntária, apenas identificá-los para que ela possa ter todo o suporte necessário, podendo superar a dificuldade que está ocasionando a entrega da criança. Constatase, por fim, discordância entre a entrega voluntária e a inserção da criança na família extensa. O Julgador entende que a melhor solução, para ambas as partes, é o encaminhamento do menor para uma família substituta, resguardando assim o direito da mãe, e garantindo que a criança viva sem conflitos e rejeição.

A Resolução nº 485, publicada em janeiro de 2023, pelo Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre o procedimento adequado para a realização da entrega voluntária da criança, e em seu art. 5º fica estabelecido o direito da genitora em realizar a entrega de forma sigilosa, inclusive podendo manter sua realização anonimamente da família extensa e do genitor, quando apresentadas justificativas para tanto, respeitando assim sua vontade (Brasil, 2023).

Não obstante, a genitora receberá todas as informações necessárias, sendo amparada pela equipe técnica a ela designada. Dentre esses esclarecimentos, ficará

ciente de que, conforme posto na legislação supracitada, terá o direito a uma rede de proteção necessária, bem como toma conhecimento de que a criança possui amparo legal de ter conhecimento de suas origens, acaso o queira fazer no futuro (Brasil, 2023).

Cuida-se ainda o crescente entendimento dos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acerca do melhor interesse da criança como uma prioridade, demonstrando que a entrega da criança à família extensa, tem o potencial de aumentar as chances de conflito entre a família e a genitora, e que, de certo, este conflito vai contra o melhor interesse, logo, a melhor situação para o infante é o deferimento de sua guarda para a família substituta (Brasil, 2020).

O Tribunal de Justiça de Goiás, no recurso que tentava pela retirada do menor do lar adotivo, entendeu que a convivência estabelecida pela criança e os adotantes, realizada a partir da entrega voluntária da genitora com o devido procedimento legal, não demonstrava mácula, e que a retirada da criança de forma tão abrupta do lar adotivo infringiria o princípio do melhor interesse do menor, sendo assim, visando ao bem-estar da criança, o recurso foi conhecido, porém, no mérito, negado provimento (Brasil, 2019).

A decisão que vem sendo proferida nos processos que envolvem crianças e adolescentes precisa levar em consideração o que melhor atenderá aos interesses dos menores, uma vez que se faz necessário, de forma imprescindível, não somente o interesse atual, mas também o que afetará o futuro do menor (Kreuz, 2011).

Diante do exposto, tem-se que a entrega voluntária visa garantir que a criança seja criada em um ambiente que proporcionará seu melhor desenvolvimento, e ao mesmo tempo, a mãe terá o direito de escolher exercer, ou não, a maternidade, frente ao Poder Judiciário, sendo oferecida por este uma maneira segura de realizar a sua escolha (Wosch, 2022).

Ainda que o instituto seja pouco conhecido pela sociedade como um todo, ele vem cada vez mais sendo debatido em meio acadêmico, e trazendo o questionamento de que o sexo feminino é atrelado à maternidade desde a infância. Percebe-se que tal pensamento decorre de toda uma retrospectiva histórica, porém, é possível notar o avanço da legislação, pela possibilidade de a mulher escolher, entregando a criança, de forma sigilosa e voluntária, tendo acolhimento e livre de julgamentos (Brites, 2023).

Na realidade a entrega voluntária permite que a mulher que não deseja ser mãe passe o bebê adiante para uma família que deseja criar um filho. Ou seja, torna a vida menos penosa para todos os envolvidos. Mas ainda há muitas restrições sobre o assunto pois,

São preconceitos impregnados na sociedade. É uma forma de ver a família como propriedade, e não se pensa no amor, no afeto com que os bebês devem ser criados. Imagine um filho ser criado sem as bases fundamentais para o desenvolvimento de sua personalidade. Sabe-se que carinho e amor são fundamentais para o desenvolvimento psicológico saudável. A entrega voluntária é uma decisão pessoal. Cabe ao sistema judiciário o acolhimento desta mulher, a verificação das condições psicológicas para o ato de entregar a criança à adoção e, fundamentalmente, assegurar ao recém-nascido o direito a uma boa criação através da família que irá adotá-lo. Muitas pessoas acham que a mulher que está doando seu bebê está sendo negligente, que não tem amor. A negligência está naquela família desestruturada que submete o filho a maus-tratos, e daí o Estado precisa intervir (Brasil, CNJ/2022).

Rechaçando que o princípio da entrega voluntária de filho deve se sobrepor à família extensa, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 (Distrito Federal), votou pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação e, dentre outros argumentos, disse que compete à mulher, na fruição de seus direitos fundamentais, tomar a decisão pela maternidade, por meio da gravidez ou por outras fórmulas, a exemplo da adoção (Brasil, STF/2023)

4 CONCLUSÃO

Ao se debruçar sobre o tema da pesquisa, nota-se que a família, com o decorrer da história, passou por várias modificações, abarcando novos modelos e, com isso, necessitando de mais proteção. A Constituição Federal de 1988 foi o marco divisor de águas, sendo que, após sua promulgação, a família pautada no afeto passou a ter prioridade frente aos vínculos biológicos.

Nota-se claramente que a família, mesmo antes da codificação de 1916, estava envolta na aura do patriarcado, da consanguinidade, da estabilidade do matrimônio, em que a mulher era submissa ao homem e todos esses “valores” estavam tutelados pela Igreja Cristã.

A sociedade evoluiu e, com isso, novos arranjos familiares foram criados, inclusive os que estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, como é o

caso da família extensa, aquela formada por parentes próximos da criança, assim como a família substituta, como é o caso da adoção.

Percebe-se que as famílias acima citadas estão arraigadas no afeto, consolidando, assim, o princípio da proteção integral da criança, como o da dignidade da pessoa humana. Essas formas de família estão condicionadas à entrega voluntária do filho pela mãe ou por comando judicial.

Como verificado, a pesquisa aborda a entrega voluntária, como efetivação do direito de a mãe entregar seu filho para adoção, bem como do melhor interesse da criança, que terá a possibilidade de ser criada em um lar capaz de lhe propiciar a tão almejada dignidade. Nesse sentido, foi verificado que a entrega voluntária é um ato de amor, que ainda sofre os preconceitos da sociedade, que vislumbra o ato de entregar o filho como negligência materna como tratado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Não se trata de negligência e sim de respeito ao ser humano, tanto da mãe como da criança e, de acordo com o que se percebe, a tendência é uma modificação de pensamento e preceitos legais e de cultura, e, como bem disse a Ministra Rosa Weber, compete à mulher, na fruição de seus direitos fundamentais, tomar a decisão pela maternidade, por meio da gravidez ou por outras fórmulas, a exemplo da adoção.

Diante de todo exposto, a adoção deve ser vista como um ato de coragem e de amor e a sociedade deve estar ciente de que a entrega voluntária é um direito da mãe ao tomar a decisão de propiciar à sua criança um futuro digno, devendo, assim, tal princípio se sobrepor à família extensa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Robespierre Foureaux. Entrega voluntária de bebês para adoção: um direito ainda pouco conhecido. **Revista Bonijuris**, ago/set 19., 2019.

ARIÈS, Philippe. **História social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BORGHI, Hélio. A Nova Adoção no Direito Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 661, 1990, p. 242 - 246, nov., 1990 | DTR\1990\186. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/113666>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Resolução n. 485 de 18 de janeiro de 2023. 2023. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original1451502023012663d29386eee18.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Entregar um filho para adoção é um ato de coragem e muito senso de realidade. **Agência CNJ de Notícias**, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/entregar-um-filho-para-adocao-e-um-ato-de-coragem-e-muito-senso-de-realidade/>. Acesso em: 26 set. 2023

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/932603128>>. Acesso em: 07 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/712852552/inteiro-teor-712852553>>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação: julgamento é suspenso. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1>>. Acesso em: 26 set. 2023.

BRITES, Jessica Goulart. **Entrega voluntária:** maternidade compulsória e as implicações para a entrega voluntária de crianças por mulheres. Universidade Federal do Pampa. São Borja, 2023.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito da família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** 4. ed. São Paulo: Matins Claret, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro, 2008.

GHILARDI, Dóris. Família líquida e sua reinvenção sob o molde do afeto: encontros e desencontros. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.12, n.26, p. 135-156, jan./abr. 2017.

HATEM, Daniela Soares. A evolução dos conceitos de família. **Revista de Direito Privado**, vol. 61, 2015, p. 293 - 319, Jan - Mar, 2015.

KREUZ, Sergio Luiz. **Da convivência familiar da criança e do adolescente na perspectiva do acolhimento institucional**: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas. 2011. Dissertação. 167f. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p.62.

LERNER, Gerda. **A Criação do patriarcado**: história de opressão das mulheres pelos homens. São Paulo. Editora Cultriz, 2019.

LESSA, Sergio. **Abaixo a família monogâmica**. São Paulo. Instituto Lukács, 2012.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6^a ed. São Paulo: 2013.

MATOS, Ana Carolina Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.12, n. 12, p. 285-301, julho/dezembro de 2012.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães abandonadas**: a entrega de um filho para adoção. 3^a ed. São Paulo: Cortez, p. 64, 2008.

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. O Instituto brasileiro da entrega voluntária em face do direito à identidade do filho e da paternidade responsável. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, p. 59. 2016.

SILVA, Marcos Alves da. De filho para pai: uma releitura da relação paterno-filial a partir do estatuto da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Direito da Família**, Porto Alegre, ano 2, p.27, 2000.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio et al. Família extensa ou adoção: critérios para a efetividade do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente nos processos de colação em família substituta. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v.15, n.2/ 2020. Disponível em:<www.ufsm.br/revistadireito>. Acesso em: 10 set. 2023.

WOSCH, Anne Elise Stresser. **Alteração do Artigo 19-A ECA, incluído pela Lei nº13.509 de 2017**: possibilidade de gestante ou mãe entregar o filho para adoção, antes ou logo após o nascimento. 2022. Monografia (Graduação em Direito). Curitiba, Unicuritiba, 2022.

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/32086>



**Centro Universitário
do Espírito Santo**

ISBN: 978-65-89885-16-0

978

A standard linear barcode representing the ISBN number.

9 786589 885160