

organizadores
Clara de Brito
Luciana Cordeiro
Achyilles de Brito

TEMAS DE DIREITO CONTRATUAL APLICADO

autores e co-autores
Achyilles de Brito Costa
André Queiroz Mergulhão
Clara K. Rodrigues de Brito
Guiomar Rocha P. M. Bittencourt
Karen Vanderlei Macedo
Lara Mariane Santos Araújo
Luciana Machado Cordeiro
Marcus Aurélio Vale da Silva
Sterverson Marcus S. M. Linhares
Victor Hugo Barboza Chalub

organizadores
Clara de Brito
Luciana Cordeiro
Achyilles de Brito

TEMAS DE DIREITO CONTRATUAL APLICADO

autores e co-autores
Achyilles de Brito Costa
André Queiroz Mergulhão
Clara K. Rodrigues de Brito
Guiomar Rocha P. M. Bittencourt
Karen Vanderlei Macedo
Lara Mariane Santos Araújo
Luciana Machado Cordeiro
Marcus Aurélio Vale da Silva
Sterverson Marcus S. M. Linhares
Victor Hugo Barboza Chalub

| São Paulo | 2021 |



Copyright © Pimenta Cultural, alguns direitos reservados.

Copyright do texto © 2021 os autores e as autoras.

Copyright da edição © 2021 Pimenta Cultural.

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons: Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional - CC BY-NC (CC BY-NC-ND). Os termos desta licença estão disponíveis em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Direitos para esta edição cedidos à Pimenta Cultural. O conteúdo publicado não representa a posição oficial da Pimenta Cultural.

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Doutores e Doutoradas

Airton Carlos Batistela
Universidade Católica do Paraná, Brasil

Alaim Souza Neto
Universidade do Estado de Santa Catarina, Brasil

Alessandra Regina Müller Germani
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Alexandre Antonio Timbane
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Alexandre Silva Santos Filho
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Aline Daiane Nunes Mascarenhas
Universidade Estadual da Bahia, Brasil

Aline Pires de Moraes
Universidade do Estado de Mato Grosso, Brasil

Aline Wendpap Nunes de Siqueira
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Ana Carolina Machado Ferrari
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Andre Luiz Alvarenga de Souza
Emill Brunner World University, Estados Unidos

Andreza Regina Lopes da Silva
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Antonio Henrique Coutelo de Moraes
Universidade Católica de Pernambuco, Brasil

Arthur Vianna Ferreira
Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Bárbara Amaral da Silva
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Beatriz Braga Bezerra
Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil

Bernadette Beber
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Breno de Oliveira Ferreira
Universidade Federal do Amazonas, Brasil

Carla Wanessa Caffagni
Universidade de São Paulo, Brasil

Carlos Adriano Martins
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Caroline Chioquetta Lorensen
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Cláudia Samuel Kessler
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Daniel Nascimento e Silva
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Daniela Susana Segre Guertzenstein
Universidade de São Paulo, Brasil

Danielle Aparecida Nascimento dos Santos
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Delton Aparecido Felipe
Universidade Estadual de Maringá, Brasil

Dorame de Miranda Carvalho
Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil

Doris Roncareli
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Edson da Silva
Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

Elena Maria Mallmann
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Emanoel Cesar Pires Assis
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Erika Viviane Costa Vieira
Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

Everly Pegoraro
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Santos de Andrade
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Fauston Negreiros
Universidade Federal do Ceará, Brasil

Felipe Henrique Monteiro Oliveira
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fernando Barcellos Razuck
Universidade de Brasília, Brasil

Francisca de Assiz Carvalho
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Gabriela da Cunha Barbosa Saldanha
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Gabrielle da Silva Forster
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Guilherme do Val Toledo Prado
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Hebert Elias Lobo Sosa
Universidad de Los Andes, Venezuela

Helciclever Barros da Silva Vitoriano
*Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais
Anísio Teixeira, Brasil*

Helen de Oliveira Faria
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Heloisa Candello
IBM e University of Brighton, Inglaterra

Heloisa Juncklaus Preis Moraes
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Humberto Costa
Universidade Federal do Paraná, Brasil

Ismael Montero Fernández,
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Jeronimo Becker Flores
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Jorge Eschriqui Vieira Pinto
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Jorge Luís de Oliveira Pinto Filho
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

José Luís Giovanoni Fornos Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Josué Antunes de Macêdo
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Júlia Carolina da Costa Santos
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Juliana de Oliveira Vicentini
Universidade de São Paulo, Brasil

Juliana Tiburcio Silveira-Fossaluzza
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Julierme Sebastião Moraes Souza
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Karla Christine Araújo Souza
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Laionel Vieira da Silva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Leandro Fabricio Campelo
Universidade de São Paulo, Brasil

Leonardo Jose Leite da Rocha Vaz
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Leonardo Pinheiro Mozdzenski
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Lidia Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Luan Gomes dos Santos de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Luciano Carlos Mendes Freitas Filho
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Lucila Romano Tragtenberg
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Lucimara Rett
Universidade Metodista de São Paulo, Brasil

Marceli Cherchiglia Aquino
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Marcia Raika Silva Lima
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Marcos Pereira dos Santos
Universidad Internacional Iberoamericana del Mexico, México

Marcos Uzel Pereira da Silva
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Marcus Fernando da Silva Praxedes
Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Brasil

Margareth de Souza Freitas Thomopoulos
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Maria Angelica Penatti Pipitone
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Maria Cristina Giorgi
*Centro Federal de Educação Tecnológica
Celso Suckow da Fonseca, Brasil*

Maria de Fátima Scaffo
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Isabel Imbronito
Universidade de São Paulo, Brasil

Maria Luzia da Silva Santana
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Sandra Montenegro Silva Leão
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Michele Marcelo Silva Bortolai
Universidade de São Paulo, Brasil

Miguel Rodrigues Netto
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Nara Oliveira Salles
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Neli Maria Mengalli
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Patricia Biegling
Universidade de São Paulo, Brasil

Patricia Helena dos Santos Carneiro
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Patricia Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Patricia Mara de Carvalho Costa Leite
Universidade Federal de São João del-Rei, Brasil

Paulo Augusto Tamanini
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Priscilla Stuart da Silva
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Radamés Mesquita Rogério
Universidade Federal do Ceará, Brasil

Ramofly Bicalho Dos Santos
Universidade de Campinas, Brasil

Ramon Taniguchi Piretti Brandao
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Rarielle Rodrigues Lima
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Raul Inácio Busarello
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Renatto Cesar Marcondes
Universidade de São Paulo, Brasil

Ricardo Luiz de Bittencourt
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Rita Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Robson Teles Gomes
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Rodiney Marcelo Braga dos Santos
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Rodrigo Amancio de Assis
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Rodrigo Sarruge Molina
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Rosane de Fatima Antunes Obregon
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Sebastião Silva Soares
Universidade Federal do Tocantins, Brasil

Simone Alves de Carvalho
Universidade de São Paulo, Brasil

Stela Maris Vaucher Farias
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Tadeu João Ribeiro Baptista
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Taiza da Silva Gama
Universidade de São Paulo, Brasil

Tania Micheline Miorando
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Tarcisio Vanzin
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Thiago Barbosa Soares
Universidade Federal de São Carlos, Brasil

Thiago Camargo Iwamoto
Universidade de Brasília, Brasil

Thiago Guerreiro Bastos
Universidade Estácio de Sá e Centro Universitário Carioca, Brasil

Thyana Farias Galvão
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Valdir Lamim Guedes Junior
Universidade de São Paulo, Brasil

Valeska Maria Fortes de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Vanessa Elisabete Raue Rodrigues
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Vania Ribas Ulbricht
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Walter de Carvalho Braga Júnior
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Wagner Corsino Enedino
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Wanderson Souza Rabello
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Washington Sales do Monte
Universidade Federal de Sergipe, Brasil

Wellington Furtado Ramos
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

PARECERISTAS E REVISORES(AS) POR PARES

Avaliadores e avaliadoras Ad-Hoc

Adilson Cristiano Habowski
Universidade La Salle - Canoas, Brasil

Adriana Flavia Neu
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Aguimario Pimentel Silva
Instituto Federal de Alagoas, Brasil

Alessandra Dale Giacomini Terra
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Alessandra Figueiró Thornton
Universidade Luterana do Brasil, Brasil

Alessandro Pinto Ribeiro
Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Alexandre João Appio
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Aline Corso
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Aline Marques Marino
Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Brasil

Aline Patricia Campos de Tolentino Lima
Centro Universitário Moura Lacerda, Brasil

Ana Emidia Sousa Rocha
Universidade do Estado da Bahia, Brasil

Ana Iara Silva Deus
Universidade de Passo Fundo, Brasil

Ana Julia Bonzanini Bernardi
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Ana Rosa Gonçalves De Paula Guimarães
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

André Gobbo
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

André Luis Cardoso Tropiano
Universidade Nova de Lisboa, Portugal

André Ricardo Gan
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Andressa Antonio de Oliveira
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Andressa Wiebusch
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Angela Maria Farah
Universidade de São Paulo, Brasil

Anísio Batista Pereira
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Anne Karynne da Silva Barbosa
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Antônia de Jesus Alves dos Santos
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Antonio Edson Alves da Silva
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Ariane Maria Peronio Maria Fortes
Universidade de Passo Fundo, Brasil

Ary Albuquerque Cavalcanti Junior
Universidade do Estado da Bahia, Brasil

Bianca Gabriely Ferreira Silva
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Bianka de Abreu Severo
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Bruna Carolina de Lima Siqueira dos Santos
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil

Bruna Donato Reche
Universidade Estadual de Londrina, Brasil

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Camila Amaral Pereira
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Carlos Eduardo Damian Leite
Universidade de São Paulo, Brasil

Carlos Jordan Lapa Alves
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Carolina Fontana da Silva
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Carolina Fragoso Gonçalves
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Cássio Michel dos Santos Camargo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul-Faced, Brasil

Cecilia Machado Henriques
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Cintia Moralles Camillo
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Claudia Dourado de Salces
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Cleonice de Fátima Martins
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Cristiane Silva Fontes
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Cristiano das Neves Vilela
Universidade Federal de Sergipe, Brasil

Daniele Cristine Rodrigues
Universidade de São Paulo, Brasil

Daniella de Jesus Lima
Universidade Tiradentes, Brasil

Dayara Rosa Silva Vieira
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Dayse Rodrigues dos Santos
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Dayse Sampaio Lopes Borges
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Deborah Susane Sampaio Sousa Lima
Universidade Tuiuti do Paraná, Brasil

Diego Pizarro
Instituto Federal de Brasília, Brasil

Diogo Luiz Lima Augusto
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Ederson Silveira
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Elaine Santana de Souza
*Universidade Estadual do Norte Fluminense
Darcy Ribeiro, Brasil*

Eleonora das Neves Simões
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Elias Theodoro Mateus
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Elisiene Borges Leal
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elizabete de Paula Pacheco
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Elizânia Sousa do Nascimento
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elton Simomukay
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Elvira Rodrigues de Santana
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Emanuella Silveira Vasconcelos
Universidade Estadual de Roraima, Brasil

Érika Catarina de Melo Alves
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Everton Boff
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Fabiana Aparecida Vilaça
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Fabiano Antonio Melo
Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Fabricia Lopes Pinheiro
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Fabício Nascimento da Cruz
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fabício Tonetto Londero
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Francisco Geová Goveia Silva Júnior
Universidade Potiguar, Brasil

Francisco Isaac Dantas de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Francisco Jeimes de Oliveira Paiva
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Gabriella Eldereti Machado
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Gean Breda Queiros
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Germano Ehleret Polinow
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Giovanna Ofretorio de Oliveira Martin Franchi
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Glaucio Martins da Silva Bandeira
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Handerson Leylton Costa Damasceno
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Helena Azevedo Paulo de Almeida
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Heliton Diego Lau
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Hendy Barbosa Santos
Faculdade de Artes do Paraná, Brasil

Inara Antunes Vieira Willerding
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Ivan Farias Barreto
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Jacqueline de Castro Rimá
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Jeanne Carla Oliveira de Melo
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

João Eudes Portela de Sousa
Universidade Tuiuti do Paraná, Brasil

João Henriques de Sousa Junior
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Joelson Alves Onofre
Universidade Estadual de Santa Cruz, Brasil

Juliana da Silva Paiva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Junior César Ferreira de Castro
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Lais Braga Costa
Universidade de Cruz Alta, Brasil

Leia Mayer Eyng
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Manoel Augusto Polastreli Barbosa
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Marcio Bernardino Sirino
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Marcos de Souza Machado
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Marcos dos Reis Batista
Universidade Federal do Pará, Brasil

Maria Aparecida da Silva Santandel
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Edith Maroca de Avelar Rivelli de Oliveira
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Maurício José de Souza Neto
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Michele de Oliveira Sampaio
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Miriam Leite Farias
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Natália de Borba Pugens
Universidade La Salle, Brasil

Patricia Flavia Mota
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Raick de Jesus Souza
Fundação Oswaldo Cruz, Brasil

Railson Pereira Souza
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Rogério Rauber
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Samuel André Pompeo
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Simoni Urnau Bonfiglio
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Tayson Ribeiro Teles
Universidade Federal do Acre, Brasil

Valdemar Valente Júnior
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Wallace da Silva Mello
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Wellton da Silva de Fátima
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Weyber Rodrigues de Souza
Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Wilder Kleber Fernandes de Santana
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

PARECER E REVISÃO POR PARES

Os textos que compõem esta obra foram submetidos para avaliação do Conselho Editorial da Pimenta Cultural, bem como revisados por pares, sendo indicados para a publicação.





Direção editorial	Patricia Biegging Raul Inácio Busarello
Editora executiva	Patricia Biegging
Coordenadora editorial	Landressa Schiefelbein
Diretor de criação	Raul Inácio Busarello
Assistente de arte	Laura Linck
Editoração eletrônica	Gabrielle Lopes Lucas Andrius de Oliveira Peter Valmorbida
Imagens da capa	Rawpixel.com - Freepik.com
Revisão	Bruna Cantero
Organizadores	Achylles de Brito Costa Clara de Brito Luciana Cordeiro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T278 Temas de Direito Contratual Aplicado. Achylles de Brito Costa, Clara de Brito, Luciana Cordeiro - organizadores. São Paulo: Pimenta Cultural, 2021. 281p..

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-5939-209-4 (brochura)

978-65-5939-210-0 (eBook)

1. Direito. 2. Direito contratual. 3. Contrato.
4. Mediação de conflitos. I. Costa, Achylles de Brito.
II. Brito, Clara de. III. Cordeiro, Luciana. IV. Título.

CDU: 340

CDD: 340

DOI: 10.31560/pimentacultural/2021.100

PIMENTA CULTURAL

São Paulo - SP

Telefone: +55 (11) 96766 2200

livro@pimentacultural.com

www.pimentacultural.com



2 0 2 1



Dedicatória

Aos nossos
pais, cônjuges, filhos,
familiares e amigos,
fonte incondicional
de amor e apoio.

AGRADECIMENTOS

O nascimento deste livro se deu pelos esforços e pela união de amigos mestrandos, que resolveram imortalizar suas produções acadêmicas, dividindo com a sociedade os frutos de suas pesquisas. Esta obra tem a assinatura indireta de muitas pessoas que contribuíram, ao longo de nossa jornada acadêmica, de todas as formas, para que esse projeto fosse concretizado. Nada disso seria possível sem o apoio incondicional de cada um que nos acompanhou, e nos incentivou nessa árdua e gratificante missão.

Ao pai celestial, por nos conduzir e conceder forças e entusiasmo necessários para mais esta realização. Aos nossos pais, filhos, cônjuges e demais familiares, base de sustentação das nossas vidas, e de quem foram furtadas preciosas horas para que pudéssemos nos dedicar ao mestrado e às produções acadêmicas.

Ao nosso querido coordenador científico, fonte de muita inspiração, Dr. Sérgio Tamer. Nossos sinceros agradecimentos a todos os professores que, durante a realização de todos os créditos, conduziram com maestria a euforia e sede por conhecimento dos discentes. Aos colegas de turma, que sempre contribuíram para o nosso crescimento intelectual. A todos que compõem a equipe do Minter UPT/CECGP, agradecemos pelo zelo e cuidado empenhado em nos receber a cada módulo.

A todos, a nossa eterna gratidão!



PALAVRAS DOS ORGANIZADORES

Auxiliar na organização desta obra foi um enorme presente que muito nos orgulhou, pois ver cada um dos autores desabrochar academicamente é extremamente inspirador. Este livro foi idealizado por pessoas que se respeitam, e que criaram laços de amizade para a vida inteira. Mesmo distante, em função da pandemia de Covid-19, que nos impossibilitou de nos encontrarmos pessoalmente nessa reta final, a internet foi ferramenta indispensável para nos ajudar nesse processo de elaboração acadêmico e literário.

É com muita satisfação e alegria que temos a honra de entregar à sociedade mais um livro fruto de muito empenho, cumplicidade e dedicação, para que os leitores possam desfrutar intelectualmente de ideias e dados de extrema relevância jurídica por nós estudados. Agradecemos a todos os autores pela confiança e estima atribuídas a nós.

A vocês, caros amigos, gratidão!

Achylles de Brito Costa, Clara de Brito e Luciana Cordeiro.





“A criação do direito, com base na concretização de princípios éticos, exige um trabalho conjunto dos juízes e juristas cabendo a estes últimos o exame crítico da fundamentação das decisões para que não impere o arbítrio”.

Clóvis Veríssimo do Couto e Silva

SUMÁRIO

Introdução..... 16

Clara K. Rodrigues de Brito

Capítulo 1

Responsabilidade civil do estado em contratos de prestação de serviços públicos 21

*Civil liability of the state in contracts
for the provision of public services*

Achyllès de Brito Costa

Clara K. Rodrigues de Brito

Capítulo 2

Dos contratos e responsabilidade civil voltados aos idosos com ênfase aos portadores de doenças neurológicas..... 46

*Contracts and civil responsibility
for the elderly with an emphasis
for people with neurological diseases*

André Queiroz Mergulhão

Capítulo 3

O contrato nas relações pré-nupciais: contrato de namoro, contrato de convivência e pacto antenupcial 70

The contract in prenuptials relationships:

*dating contract, cohabitation contract
and antenuptial pact*

Guiomar Rocha Pereira Magalhães Bittencourt

Capítulo 4

**A mediação na resolução
de conflitos contratuais 111**

*Mediation in resolving
contractual conflicts*

Karen Vanderley Macedo

Capítulo 5

**Os danos morais decorrentes
do inadimplemento contratual 139**

*Moral damages arising from
contractual inadiplemment*

Lara Mariane Santos Araújo

Capítulo 6

**Os reflexos da globalização econômica
no superendividamento oriundos dos contratos
civis e de consumo no Brasil e em Portugal 165**

*The effects of economic globalization
on the indebtedness arising
from civil and consumer contracts
in brazil and portugal*

Luciana Machado Cordeiro

Capítulo 7

**O STF e a possibilidade de um novo
capítulo sobre a responsabilidade contratual
ao longo da prestação dos serviços extrajudiciais 192**

*The STF and the possibility
of a new chapter on contractual
liability through the provision
of extrajudicial services*

Marcus Aurélio Vale da Silva



Capítulo 8

A aplicação contratual da cláusula penal..... 218

The contractual application of the criminal clause

Steverson Marcus Salgado Meireles Linhares

Capítulo 9

Do contrato atípico de *built to suit*..... 244

Atypical built to suit contract

Victor Hugo Barboza Chalub

Sobre os autores e as autoras 275

Índice remissivo..... 278



INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência dinâmica que tem como matéria-prima a sociedade, motivo pelo qual ele deve regular e pacificar as constantes mutações oriundas dos comportamentos sociais. Esta obra visou demonstrar a importância dos contratos no mundo fático, abordando alguns temas específicos de grande relevância para a sociedade.

Os contratos são instrumentos indispensáveis para assegurar a circulação de riqueza, bens e serviços transacionados pelas relações sociais. Devido à constante mutação social, o seu estudo possui extrema relevância para auferir e garantir as responsabilidades oriundas do pacto estabelecido pelos contraentes.

Com base nessa constante necessidade de atualização, esta obra visou reunir estudos sobre diversos temas contratuais, desenvolvidos pelos mestrandos do MINTER da Universidade Portucalense – UPT e do Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGER, no módulo de Contratos. Trazendo para a sociedade e para os operadores do Direito ideias originais e atualizações sobre o ramo do Direito das Obrigações. Os estudos abordados visam trazer mais segurança jurídica e eficácia a tais instrumentos, cada vez mais indispensáveis para a sociedade.

Esta obra se divide em nove artigos, que são organizados capítulo a capítulo por ordem alfabética, conforme os nomes dos autores. Assim, o primeiro artigo apresentado versa sobre a responsabilidade civil contratual do Estado em contratos de prestação de serviços públicos, tendo por objetivo tecer um estudo detalhado acerca da responsabilização civil contratual da Administração Pública em relação aos contratos de prestação de serviços públicos, além de fazer uma análise detalhada e consistente sobre esse tipo de celebração de negócio jurídico com

sumário

base no ordenamento jurídico brasileiro e português. Para tanto, tem-se como premissa esclarecer como o Estado atua e responde pelos seus atos, visando demonstrar a aplicação da responsabilidade civil no nosso ordenamento e em suas mitigações.

O segundo capítulo traz a figura dos contratos e a responsabilidade civil voltados aos idosos, com ênfase aos portadores de doenças neurológicas. Tal estudo se deu em razão do aumento da expectativa de vida da população idosa, e de sua exposição a uma série de riscos, como doenças e abandonos. Diante desse cenário, eles também têm seus direitos e deveres, entre eles os Contratos Cíveis e Direitos, os quais o idoso tem o direito em realizar, focado no direito à moradia, respeitando as suas condições físicas, psicológicas e financeiras. O estudo faz uma análise sobre as implicações inerentes aos aspectos contratuais, e aborda a necessidade de políticas públicas voltadas para a população idosa, que se caracteriza como vulnerável para a celebração de contratos.

No capítulo três, trazemos um artigo voltado para o contrato nas relações pré-nupciais: contrato de namoro, contrato de convivência e pacto antenupcial. O estudo visa demonstrar os principais aspectos e definições dos contratos pré-nupciais, nas modalidades: contrato de namoro, contrato de convivência e pacto antenupcial, apontando as vantagens na realização desses instrumentos, elaborados com vistas a salvaguardar os direitos dos envolvidos no relacionamento amoroso, sobretudo os de caráter patrimonial. Pretende trazer, ainda, a distinção entre namoro e união estável, bem como a conversão desta em casamento, esclarecendo as características e efeitos do pacto antenupcial, traçando as diferenças do contrato de convivência. Abordam-se, ainda, os requisitos de validade dos contratos pré-nupciais, optando-se sempre pela celebração na forma pública, fazendo um breve apanhado no Direito Comparado.



sumário

No capítulo quatro, trazemos o instrumento da mediação na resolução de conflitos contratuais. A pesquisa abordou o instituto da mediação de conflito enquanto meio para solucionar conflitos de natureza contratuais, visando solucionar, de forma mais célere, a controvérsia contratual, para que sejam minimizados os riscos econômicos e perdas financeiras em decorrência da demora da prestação jurisdicional. Tal recurso tem sido cada vez mais utilizado como meio de resguardar o patrimônio e minimizar perdas.

No capítulo cinco, trazemos um estudo sobre os danos morais decorrentes do inadimplemento contratual, que traçou diretrizes para se compreender os trâmites no âmbito jurídico sobre a quantificação da indenização de forma devida (*quantum debeatur*) nos vínculos contratuais. A presente pesquisa se fez relevante devido à ausência de critérios legais para a liquidação dessa indenização. Apesar da existência de parâmetros legais que definam e estabeleçam a reparação por danos morais nas relações de falta de pagamento e/ou fornecimento de serviços estabelecidos em contratos, a ausência de uniformização tem sido objeto de grande entrave para os magistrados, pois, por não possuírem nenhuma regra uniforme, as decisões têm acarretado vários pedidos recursais, fomentando a insegurança jurídica.

No capítulo seis, foram abordados os reflexos da globalização econômica no superendividamento, oriundos dos contratos civis e de consumo no Brasil e em Portugal. O trabalho teve como premissa analisar a evolução da sociedade em razão dos efeitos do cenário econômico causado pela globalização, e sua consequência, nos contratos civis e de consumo por meio do superendividamento.

No capítulo sete, será analisado o entendimento acerca da responsabilidade contratual pelos danos causados a cidadãos no exercício das delegações de notas e de registros, o que não é pacífico na doutrina e nem na jurisprudência. Diante desse cenário, o presente trabalho tem, por objetivo, investigar, mediante a utilização e pesquisa

sumário

bibliográfica, através ainda da pesquisa documental, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos notários e dos oficiais registradores quanto aos danos causados a terceiros no exercício da delegação.

No penúltimo capítulo, será apresentado o instituto da cláusula penal contratual, abordando-se suas características e as devidas funções para garantir o cumprimento das obrigações pactuadas pelas partes. A aplicação desse instituto visa resguardar as partes no momento da contratação, fortalecendo a autonomia real de ambas. Vale ressaltar que o Código Civil atual não define tal instituto, ficando a cargo da doutrina tecer um conceito sobre a sua finalidade. Dessa forma, o artigo demonstrará a importância da aplicabilidade dessa cláusula nos contratos.

Por fim, no último capítulo, temos um estudo sobre o contrato atípico de *built to suit*, um fenômeno superatual devido ao grande crescimento no campo imobiliário pátrio, que tem experimentado novas necessidades urbanas e econômicas, oriundas da variedade de circunstâncias jurídicas e da liberdade contratual consagrada no ordenamento jurídico brasileiro.

Devido a novas necessidades e adaptações contratuais, surgem dúvidas acerca da regulação dessas novas relações jurídicas, surgindo também questionamentos referentes à quais são as legislações aplicáveis aos novos modelos de negócios jurídicos. E é o que acontece com a modalidade contratual ainda recente em sua aplicação, denominada *built to suit*, que possui, como característica, uma variedade de matérias que se estendem da realização da obra, passando pela aquisição de financiamento, até a cessão de uso do bem, originando discussões acerca da aplicação da lei do inquilinato, entre outras.

Por se tratar de um contrato atípico, o estudo é complexo, exigindo do aplicador do Direito habilidades hermenêuticas para

sumário

enfrentar as causas relacionadas a esse novo tipo contratual. Assim, esse estudo irá expor as particularidades do contrato *built to suit*, além de demonstrar os aspectos polêmicos que envolvem esta modalidade negocial, e suas implicações positivas e negativas.

1

Achyllès de Brito Costa
Clara K. Rodrigues de Brito

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

*CIVIL LIABILITY OF THE STATE IN
CONTRACTS FOR THE PROVISION
OF PUBLIC SERVICES*

sumário

RESUMO:

O presente artigo científico tem, por objetivo, um estudo detalhado acerca da responsabilização civil contratual da Administração Pública Brasileira em relação aos contratos de prestação de serviços públicos, além de fazer uma análise detalhada e consistente sobre esse tipo de celebração de negócio jurídico, com base no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo tem a premissa de esclarecer como o Estado atua e responde pelos seus atos, visando demonstrar a aplicação da responsabilidade civil no nosso ordenamento e suas mitigações. Esta pesquisa adotou como metodologia os modelos exploratório e histórico. As informações foram obtidas a partir de trabalhos, artigos e periódicos realizados por fomentadores do Direito. Além disso, foi utilizada a pesquisa documental, com levantamento de informações em livros, circulares, legislação e pesquisa virtual.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil, Estado; Contratos.

ABSTRACT:

This scientific article aims to weave a detailed study about the contractual civil liability of the Brazilian Public Administration in relation to contracts for the provision of public services, in addition to making a detailed and consistent analysis of this type of conclusion of legal business based on the legal system. Brazilian legal system. Its premise is to clarify how the State acts and is responsible for its acts, aiming to demonstrate the application of civil liability in our legal system and its mitigations. This research adopted as a methodology, the exploratory and historical models. The information was obtained from works, articles and periodicals carried out by law promoters. In addition, documentary research was used, with information gathering in books, circulars, legislation and virtual research.

KEY-WORDS: Civil Liability, State; Contracts.

sumário

INTRODUÇÃO

O Estado, pela própria natureza de provedor do seu povo, é o garantidor da prestação de diversos serviços essenciais à população. Porém, ele não consegue atender todas essas demandas com o seu próprio quadro de servidores devido à complexidade e conhecimento técnico de algumas atividades, ocorrendo, dessa forma, o fenômeno da delegação.

Embora pareça simples, a delegação de serviços públicos requer o cumprimento de uma série de requisitos legais, tornando-se, assim, um ato complexo. Nesse artigo, traçaremos as formas e características de delegações possíveis no direito luso-brasileiro – que se dividem em quatro modelos e, em regra, ocorrerão por meio de contrato, precedido de licitação – bem como falaremos de suas responsabilidades e obrigações contratuais, procurando fazer um estudo de Direito Comparado.

A segunda fase contratual, que ocorre com a assinatura das partes, é denominada como celebração, além de ser a responsável pelo início das características inerentes ao Direito Privado. Entretanto, tal fase não é estritamente privada, devido às peculiaridades desse modelo de contratação. E, por ser um contrato firmado com a Administração Pública, ele terá seus termos abertos ao público, sendo fiscalizado pelos órgãos de controle. Além disso, para os casos de serviços remunerados por taxa ou tarifa paga pelo usuário, serão aplicadas as regras de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, o presente artigo tem por objeto traçar um estudo comparado sobre o tema proposto, abordando, em seu primeiro item, o surgimento da responsabilidade civil do estado, o seu histórico, fundamentos e dispositivos, no Brasil e em Portugal, bem como a incidência das Leis de Consumo de cada país, suas aplicações e variações.

sumário

No segundo tópico, trataremos dos serviços públicos e suas características, abordando também os direitos e deveres do usuário. E, no terceiro tópico, será feito um estudo sobre as delegações de serviços públicos. Por fim, tem-se a hipótese do nosso estudo, que será tratada no quarto tópico, da incidência e resguardo de garantias consumeristas para tais responsabilidades e reparações.

O estudo em tela foi proposto devido à necessidade de esclarecer a forma como o Estado atua e responde pelos seus atos, visando demonstrar a aplicação da responsabilidade civil e das leis de consumo no ordenamento luso-brasileiro e suas mitigações. Esta pesquisa adotou, como metodologia, os modelos exploratório e histórico. As informações foram obtidas a partir de estudos, artigos e periódicos realizados por fomentadores do Direito Empresarial. Além disso, foi utilizada a pesquisa documental, com levantamento de informações em livros, circulares, legislação e pesquisa virtual.

SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SEU HISTÓRICO NO BRASIL E EM PORTUGAL

A responsabilidade civil, também conhecida como responsabilidade extracontratual, é oriunda do Direito Civil, o que José de Aguiar Dias, em sua obra clássica do Direito Civil Brasileiro, observa da seguinte maneira: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”¹. Ou como ensina Silvio Venosa, quando diz que “a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou

¹ AGUIAR DIAS, José. DA RESPONSABILIDADE CIVIL, 12ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pág. 19.

sumário

por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”², logicamente, decorrente de um fato humano. Os quais ainda recomendam que devem estar presentes os seguintes elementos: a) a ocorrência de um dano patrimonial ou moral; b) uma atuação lesiva dolosa ou culposa do agente público ou delegatário deste; c) nexó de causalidade entre o dano havido e a conduta do agente, ou seja, que o dano tenha sido causado efetivamente pela conduta-ação ou omissão do agente.

A propósito, desde já, é preciso destacar que a responsabilidade civil extracontratual do Estado ocorre pelo risco. “De acordo com a concepção do risco criado, cada pessoa que cria uma situação de perigo deve responder pelos riscos que resultem dessa situação”³. Além disso, tanto a Lei portuguesa nº 67/2007 quanto o Código Civil brasileiro trazem outras hipóteses de responsabilidade. Mas, para contextualizar, a doutrina divide a responsabilidade civil do Estado em quatro gerações ou teorias, e tem exatamente como ponto de partida o direito europeu do século XVII.

A primeira teoria, também conhecida como Irresponsabilidade do Estado, é oriunda do poder absoluto do rei, que, desde a Antiguidade, é consagrado como detentor do poder divino, vinculando seus súditos às suas vontades⁴. Nesse tempo, os atos da coroa, mesmo que causassem danos ao seu povo, não eram suscetíveis a qualquer tipo de responsabilidade ao soberano. Essa fase ficou marcada pela expressão “*the king can do no wrong*”⁵.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2: Volume 2 29 janeiro 2021. p. 285.

³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações. 7ª ed. 1º V: Introdução. Da constituição das obrigações. Almedina. 2015, p. 389.

⁴ Ibis, p. 390.

⁵ *The king can do no wrong*: O rei não faz errado, em tradução livre. Essa máxima era tida como verdadeira, já que o rei era o detentor do poder divino, e fazia sempre o “melhor” para o seu povo.

sumário

Passado esse momento, onde o absolutismo cede espaço para outro período, onde o monarca passa a responder pelos seus atos, assim como qualquer outra pessoa que infringisse a lei, acaba surgindo a segunda geração ou teoria, conhecida como 'responsabilidade com culpa civil comum do Estado'.

Assim, nesse momento, como bem lembra Carnelutti, finalmente passa a se admitir a culpa por parte do Estado, devendo a vítima provar o dano, e informar o agente que o causou⁶. E embora esse momento tenha sido de grande importância, um marco de grande avanço nessa relação, o fracasso dessa teoria se funda na dificuldade da vítima em juntar provas, beneficiando o Estado por fragilidade na cobrança da lide, sendo um bem jurídico vazio, por não alcançar a eficácia da norma, que era garantir a reparação do dano pela parte hipossuficiente da demanda, favorecendo-se sempre o Estado.

Por conseguinte, evoluindo ao final do século XIX, temos a terceira teoria na França⁷, também conhecida como teoria da culpa administrativa, onde a responsabilidade passa a ser admitida pela culpa anônima do Estado, não havendo a necessidade de que a vítima identifique o agente causador do dano, bastando somente a prova da conduta danosa, o que foi uma contribuição do Código Napoleônico, base do direito francês, com a ampla cláusula geral, segundo a qual *"tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"*⁸ (art. 1382º, CC francês).⁹

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. Volume I. São Paulo: Classic Book, 200, p. 84.

⁷ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. Estudos sobre a responsabilidade civil: propostas de alteração aos artigos 503º a 508º do Código Civil e ao Decreto-Lei nº 408-79, de 25 de Setembro; considerações em torno da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito. Coimbra. 1983, p. 10.

⁸ Tradução livre para o português: "Qualquer fato do homem que causa dano a outrem, obriga a pessoa por cuja culpa ele conseguiu repará-lo".

⁹ FRANÇA. Código Civil 1804. Alterado Portaria n º 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032037843/#LEGISCTA000032037843 > Acesso em: 10 Maio de 2021.

sumário

O pensamento liberal trouxe a regra da culpa para que, dessa maneira, pudesse impedir certos entraves ao desenvolvimento econômico e ao progresso social, ao passo que os problemas sociais emergiam da dificuldade de provar a culpa, o que possibilitou a teoria do risco. E para que essa teoria fosse usada, era necessário que ocorressem falhas de serviços públicos, que poderiam ser mediante o não funcionamento do serviço por omissão do Estado ou devido ao mau funcionamento por vícios, ou ainda atrasos nos serviços, ocasionando-se, assim, o dano. Além do mais, ela também não resolveu esse impasse, pois era a vítima quem ainda tinha que comprovar a responsabilidade do Estado, e comprovar a ineficiência na prestação do serviço, sendo, portanto, um óbice ao efetivo cumprimento do direito almejado.

Dando prosseguimento, surge a figura da teoria da responsabilidade objetiva, ou teoria do risco administrativo, que defende a obrigação de indenizar, e incumbe a indenização ao Estado, em razão de um procedimento lícito ou ilícito, que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.

E finalmente, nessa geração, temos também, a teoria de risco integral, que admite o excludente, quando estiver ausente qualquer dos elementos definidores da responsabilidade, ou seja, a conduta estatal, dano e nexos causal. Somente para nos situarmos, é importante anotar que o Brasil adota a teoria do risco administrativo como regra¹⁰. Já a teoria do risco integral representa uma inexorável responsabilidade civil da Administração, pois ela defende que basta a existência do evento danoso e nexos causal para que aflore a obrigação de indenizar, mesmo que o dano ocorra por culpa exclusiva do particular.

Ou seja, resumidamente, e adotando a visão de um processo histórico evolutivo, a doutrina nos trouxe, primeiramente, a teoria da irresponsabilidade (absolutista - o rei não erra, o Estado não responde,

¹⁰ MEDAUAR, Odete. DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO 21ª edição revista, atualizada e ampliada. 2018

sumário

pois os atos do rei não podem ser considerados lesivos); passou pela teoria da responsabilidade com culpa (análise da culpa, origem na teoria do órgão); depois, pela teoria da culpa administrativa (culpa presumida, comprovação da existência de falta de serviço, mau funcionamento e retardamento); e, em seguida, pela teoria do Risco Integral (o Estado responde em qualquer caso); até a teoria do Risco Administrativo (responsabilidade objetiva), onde há a responsabilidade do Estado pelo risco criado pelas atividades que desenvolve e por seu descumprimento do dever jurídico de incolumidade aos usuários destas atividades, como um todo¹¹.

No Brasil, a responsabilidade civil do Estado ganha relevância após a Independência do Brasil, que ocorreu em 1822. A inspiração se deu com a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, que serviu como paradigma para as novas premissas da forma de governo que se implantaria na época, mas, somente com a Constituição Imperial de 1824, ela ganhou status de norma constitucional, sendo consagrada pelo inciso XXIX, do artigo 178, que diz: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos”¹². Essa positivação foi de suma importância para a época, sendo considerada também como marco de respeito e garantia aos direitos da população daquele período¹³.

¹¹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense. 2010, p. 211.

¹² CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10 de maio de 2020.

¹³ DIAS, Clara Angélica Gonçalves. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: BREVE PANORAMA EVOLUTIVO DO DIREITO BRASILEIRO. Revista Jurídica do MP-SP vol. 03, nº. 48, Curitiba, 2017. pp. 335-357. DOI: 10.6084/m9.figshare.5400328. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.48.15.pdf. Acesso em 10 de maio de 2020.

sumário

Em fevereiro de 1891, surge a primeira Constituição Republicana, que trouxe diversas alterações significativas, entre elas a alteração do dispositivo da responsabilidade civil do Estado, que ganhou novos termos e se tornou mais abrangente, ganhando essa nova redação: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”¹⁴.

Esse artigo foi posteriormente reiterado no Código Civil de 1916, em seu artigo 15, o qual determinava que “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”¹⁵.

Esse código foi precursor em positivar a responsabilidade estatal, passando o Estado a figurar como sujeito ativo e responsável pelo dano causado, e não mais o servidor, como era previsto anteriormente. E, advindo de diversas interpretações, esse artigo trouxe jurisprudências ancoradas nas teorias desenvolvidas pelas correntes doutrinárias, tais como a teoria do risco subjetivo (corrente majoritária) e teoria do risco objetivo, que defendia que o Estado deveria ser responsabilizado, mesmo sem culpa. Essa última corrente era minoritária na época, porque a lei exigia a comprovação da culpa por parte do agente que agiu em nome do Estado.

Com o passar dos anos, essa corrente minoritária passou a ganhar mais adeptos e defensores, ganhando prestígio no meio jurídico, dando ensejo a um novo momento, ou seja, houve a inversão

¹⁴ Art. 82 da Constituição da República, de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

¹⁵ Art. 15 do Código Civil Brasileiro, de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.

sumário

do ônus em favor de um terceiro prejudicado, cabendo ao Estado ser responsabilizado pelo dano causado a esse terceiro, com a prerrogativa de ingressar por meio de uma ação regressiva em face do agente que causou o dano. Essa garantia à ação de regresso estava positivada no artigo 159, do Código Civil Brasileiro de 1916¹⁶.

Assim, o Estado era obrigado a reparar o dano, e quem causou o dano deveria ressarcir o Estado pelos custos que este obteve. Em 1934, com a promulgação da nova Constituição¹⁷, em seu artigo 171, firmou o posicionamento da responsabilidade solidária, ou seja, o Estado poderia ser acionado, juntamente com o agente que ocasionou o dano. Em 1946, o país havia passado por um grande e longo processo de redemocratização, denominado “Era Vargas”¹⁸, que resultou em diversas transformações legais, e acabou anunciando uma nova Constituição promulgada em setembro de 1946, pelo Presidente Fernando de Mello Viana, trazendo uma grande novidade sobre o instituto da responsabilidade civil do Estado, ou seja, era o fim da responsabilidade solidária entre o agente e o Estado, e era irrelevante provar a culpa. O Estado então era o responsável direto pelos danos causados a outrem, nos desempenhos de suas funções. Tal garantia veio positivada no artigo 194, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

Somente em 2002 o instituto objeto deste estudo ganhou a importância e os contornos que possui hoje. Vale destacar que o grande responsável dessas alterações foi o novo Código Civil Brasileiro daquele

¹⁶ Art. 159. Código Civil Brasileiro, de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

¹⁷ Art. 171 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 19 jan. 2020.

¹⁸ ‘Era Vargas’ é o nome que se dá ao período em que Getúlio Vargas governou o Brasil por quinze anos, de forma contínua (de 1930 a 1945). Esse período foi um marco na história brasileira, em razão das inúmeras alterações que Getúlio Vargas fez no país, tanto sociais quanto econômicas. A Era Vargas teve início com a Revolução de 1930, onde expulsou do poder a oligarquia cafeeira, dividindo-se em três momentos: a) Governo Provisório – 1930-1934; b) Governo Constitucional – 1934-1937; e c) Estado Novo – 1937-1945.

sumário

ano que alterou alguns preceitos defendidos no código anterior. Com isso, podemos visualizar que a mais significativa alteração foi definir que, em todas as esferas de competência do Estado, é necessária a observação das regras estabelecidas na lei, dando-se ênfase ao princípio da estrita legalidade administrativa e responsabilidade objetiva, cujo instituto é de suma importância jurídica, tanto que foi consagrado no texto constitucional no capítulo que trata da Administração Pública, ou seja, no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal Brasileira¹⁹.

Já a Constituição da República Portuguesa²⁰ traz, no seu artigo 22º, a responsabilidade civil estatal na sua atuação privada ou como agente público, onde consagra o princípio da responsabilidade dos poderes públicos, tratando-se de uma garantia institucional, mais especificamente no Título I, dos direitos e garantias, em que garante aos usuários que sofram prejuízos o direito de poderem acionar judicialmente o Estado para obter a reparação pelos prejuízos sofridos, no âmbito da responsabilidade civil e na sua esfera jurídico-subjetiva.

Nessa mesma direção, J. J. Gomes Canotilho²¹ tece sobre direitos, liberdades e garantias dos lesados por ações e omissões dos titulares de órgãos, sejam funcionários ou agentes do Estado, além das demais entidades públicas, em que sugere a garantia de um núcleo essencial mínimo de direitos sociais. Tudo isso é o que nos parece ser o objeto do referido artigo constitucional, sendo, inclusive, principiológico, remetendo-se ao Estado de Direito, da constitucionalidade e da legalidade da ação do Estado e, ainda, a partir do princípio da igualdade, do direito de defesa legitimador de

¹⁹ Art.37 da *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 19 de jan. 2020.

²⁰ O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária, com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

²¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4ª edição - Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 425.

sumário

pretensões indenizatórias contra a violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos²².

E indo um pouco mais além, aprofundando um pouco mais mesmo, o artigo 22º da Constituição Portuguesa ainda consagra a solidariedade e a preferência constitucional pelo regime da solidariedade, contribuindo com as exigências de garantias do Estado de Direito.

Todavia, entende-se que o sentido constitucional, dado ao instituto da solidariedade, no Direito português, está na possibilidade de responsabilizar tanto os órgãos como os agentes pelos atos ilícitos praticados no exercício da função pública, o que se deve à noção de comunidade e necessidade de exemplificação dos fatos e ocorrências em Portugal, como demonstram as obrigações solidárias previstas no artigo 512º do Código Civil, como ensinam Vital Moreira e J. J. G. Canotilho²³.

Aqui se explica por que o agente só responde diante das hipóteses previstas na lei, pois a responsabilidade é, a priori, do Estado, com essa possibilidade na lei de responsabilidade objetiva. Para isso, complementando o artigo 22º, há o artigo 271º da Carta portuguesa, que trata da atuação dos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas, e ainda a responsabilidade político-

²² "Relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a Constituição portuguesa garante e protege um núcleo essencial destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa). Coloca-se também o problema de saber se os direitos económicos, sociais e culturais exigem a garantia de um núcleo essencial como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como standart mínimo). Das várias normas sociais, económicas e culturais, é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais, constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o 'rendimento mínimo garantido', as 'prestações de assistência social básica' e o 'subsídio de desemprego' são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição, sempre que eles constituam o standart mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito", in: GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. 1, 4ª edição, Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 425.

²³ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. 1, 4ª edição, Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 425. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS.

sumário

criminal (arts. 117º, 130º, 157º, 196º e 216º), a responsabilidade disciplinar (art. 271º), a responsabilidade política (arts. 193º, 194º e 231º) e a financeira (art. 214º, 1, c).

Portanto, o artigo 22º da carta magna lusitana, além de tratar dos princípios diretos emanados, diz respeito à distinção entre atos de gestão pública e privada das entidades públicas, cuja importância está na determinação dos regimes em termos materiais e processuais, sendo o objetivo primordial a consagração do princípio geral da responsabilidade e o direito à reparação²⁴.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O conceito de serviço público está genericamente descrito no art.175 da Constituição Federal de 1988. Conforme esse artigo, fica claro que o detentor da titularidade do serviço público é o próprio poder público. Aparecendo, neste dispositivo, apenas duas formas, sendo elas a permissão e a concessão. Mas as formas não se esgotam aí, pois a Constituição brasileira, em outro dispositivo, prevê, ainda, a delegação de serviços públicos por autorização.

Não é tarefa fácil conceituar o serviço público, já que ele se divide em dois entendimentos. Em sentido amplo, Mário Masagão o define como “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins”²⁵. Esse conceito é tão amplo que engloba aqui até as atividades judiciárias e administrativas. Há até quem defenda que o serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade

²⁴ *Ibis*, pp. 427-428.

²⁵ MASAGÃO. Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

sumário

material exercida diretamente pelos administrados, sendo prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público. Essa visão é puramente restrita, e não é, portanto, o melhor conceito de serviço público, sendo adotado, como conceito perfeito, o conceito da professora e doutrinadora brasileira Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas sob regime jurídico total ou parcialmente público”²⁶.

Mas, o que realmente importa é que, em razão das necessidades apresentadas pela sociedade, o Poder Público se vê na missão de prestar serviços para atender tais necessidades.

Porém, para que haja a boa prestação dos serviços, é importante atender os princípios inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos. Tais princípios estão de forma explícita e implícita em nosso ordenamento. São eles: a) o princípio da igualdade ou generalidade, esse princípio tem duas vertentes. Uma significa que os serviços públicos devem ser prestados para beneficiar a maior amplitude possível de indivíduos. A outra vertente mostra que não pode haver discriminação entre os beneficiários. Isso porque este princípio é acompanhado de outro, o da isonomia, ou mais especificamente, o da impessoalidade previsto na Constituição Federal, em seu art. 37, que também está positivado na lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º²⁷; b) princípio da continuidade - consiste na afirmação de que o serviço público não pode parar. Existem serviços que não podem ser interrompidos de maneira alguma, pois estes visam o bem-estar da sociedade em geral, de acordo com o

²⁶ Di PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed. SP: Atlas, 2006.

²⁷ Art. 6º, Código de Defesa do Consumidor. *Lei Nº 8070/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> . Acesso em: 22 jan. 2021.

sumário

art. 10 da Lei nº 7.783/89²⁸; c) princípio da eficiência, o serviço público deve ser prestado sem desperdícios de qualquer natureza; e o d) princípio da modicidade, ele se aplica para aqueles serviços em que há a quantificação e individualização de consumo, que permitem a cobrança do usuário diretamente.

Para assegurar o direito do usuário, a modicidade impõe que o valor cobrado seja compatível e acessível, visando evitar valores exorbitantes, que possam impedir a continuidade da prestação do serviço.

Em Portugal, a Lei nº 67/2007, que revogou o Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1969, inovou em matéria de responsabilidade civil extracontratual, conforme pontua José M. Cardoso da Costa²⁹. Essa lei regula a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de Direito Público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa, em tudo o que não esteja previsto em lei especial.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 31 de 2008, para incorporar a dimensão europeia, e com escopo de concretizar o artigo 22º da Constituição, regula a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de ações ou omissões adotadas no exercício das funções administrativa

²⁸ Art. 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária.

²⁹ Até a entrada em vigor desse diploma, nada de semelhante, na verdade, se deparava no ordenamento legal português a responsabilidade extracontratual do Estado por atos da função administrativa (Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967), havendo, no mais, que considerar apenas a norma esparsa (...), relativa a actos praticados no quadro da função judicial. Quanto, por sua vez, à eventual responsabilidade por actos da função legislativa, não era ela objecto, como se sabe, de qualquer expressa previsão e regulamentação legal in CARDOSO DA SILVA, José Manuel M. SOBRE O NOVO REGIME DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ACTOS DA FUNÇÃO JUDICIAL. Coimbra: Coimbra Editora. 2009, p. 501.

sumário

e jurisdicional e, por causa desse exercício, é aplicável, ainda, aos demais trabalhadores o serviço das entidades abrangidas, considerando-se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

Ainda segundo a legislação lusa, os danos e encargos atingem pessoas ou grupos. Já os danos anormais, que ultrapassam os custos próprios da vida em sociedade, merecem, pela sua gravidade, a tutela do Direito, pois o obrigado a reparar o dano deve reconstituir a situação que havia anteriormente ao dano, e, quando isso não for possível, caberá indenização que compreenderá danos patrimoniais ou não, bem como danos produzidos e futuros, nos termos gerais de direito, sendo materialmente civil, dado que os pressupostos gerais da responsabilidade civil têm aplicação plena, salvo as exceções previstas na lei³⁰.

E, em se tratando diretamente da Responsabilidade Civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa, tal possibilidade divide-se em responsabilidade por fato ilícito e pelo risco.

Primeiramente, a responsabilidade por fato ilícito ainda se divide em: Responsabilidade Exclusiva do Estado e demais pessoas de Direito Público, Responsabilidade do Estado nos casos de funcionamento anormal do serviço e, finalmente, Responsabilidade Solidária do Estado.

Essa primeira hipótese é reservada e prevista no Art. 7º da Lei 67/2007³¹, da Responsabilidade Exclusiva, nos casos de danos resultantes de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve,

³⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Texto destinado aos Estudos em Honra do Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia. O Direito. Coimbra. Ano 142, nº 4 (2010), pp. 623-658. Tanto que a jurisprudência utiliza conceitos, institutos e prazo prescricional do Direito Civil (vide tópico nº 4 da jurisprudência sobre o tema).

³¹ Lei 67/2007. Artigo 7º - Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de Direito Público. 1 – O Estado e as demais pessoas colectivas de Direito Público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

sumário

no exercício da função administrativa e por causa desse exercício (a culpa leve presume-se nos casos de prática de ato jurídico ilícito e nos casos de incumprimento de deveres de vigilância, art. 10º, nº 3), ou ainda na falta do serviço em si.³²

Como exemplo de alguns dos referidos serviços, o professor Carlos Alberto Fernandes Cadilha³³ nos traz os deveres de vigilância de pessoas (reclusos, alienados, menores cuja guarda foi contratada a instituições públicas ou que frequentam estabelecimentos de ensino), de coisas (conservação e sinalização de estradas, distribuição de energia, património imobiliário urbano) e de atividades de gestão direta ou concessionária do Estado. Destaca-se, também, a previsão do artigo 10º, nº 2, onde há a presunção de culpa leve nos atos ilícitos, ou seja, inversão do ônus da prova em tais casos, ainda de acordo com o professor Cadilha³⁴.

Dando prosseguimento, há também a hipótese de Responsabilidade Exclusiva do Estado³⁵, nos casos de funcionamento anormal

³² TAVARES DA SILVA, Suzana. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NUMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. Seminário CTOC, Santa Maria da Feira. 20.2.2009, pp. 8-9.

³³ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS. ANOTADO. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p.119.

³⁴ A exclusão da responsabilidade pessoal, no caso de culpa leve, deve-se por razões de política legislativa, e tem em vista evitar os constrangimentos de actuação que poderiam ocorrer – com consequências negativas, para a actividade corrente da Administração e a própria eficácia administrativa – se o funcionário ou agente tivesse de responder civilmente sempre que, em cada situação concreta, tivesse agido com menor cuidado ou empenho. In: CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS. ANOTADO. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 113.

³⁵ Lei 67/2007. Artigo 7º. Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de Direito Público. 2 – É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos da presente lei. 3 – O Estado e as demais pessoas colectivas de Direito Público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço. 4 – Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.

sumário

do serviço, ou falha do serviço (dimensão objetiva da falta de serviço em sentido estrito dispensa a culpa). Como ilustração exemplificativa dessa hipótese, o ilustre professor português José Carlos Vieira de Andrade³⁶ aponta que o funcionamento anormal do serviço resulta de um comportamento concreto do agente que não é determinado (impropriamente a doutrina chama isso de “culpa coletiva” ou “culpa anônima”), sendo o dano atribuído ao mau funcionamento do serviço. Dessa forma, a responsabilidade é objetiva, e a situação, por sua vez, já é admitida na doutrina e na jurisprudência.

Finalmente, menciona-se a hipótese de Responsabilidade Solidária do Estado, conforme Art. 8º da Lei 67/2007³⁷, nos casos de danos resultantes de ações ou omissões ilícitas, por dolo ou diligência negligente, desde que o tenham sido no exercício das funções e em função desse exercício (responsabilidade do Estado in elegendo nos

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. A RESPONSABILIDADE POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NA NOVA LEI DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTES PÚBLICOS. Revista de Legislação e Jurisprudência. Nº 3951. 2008, p. 365.

³⁷ Lei 67/2007. Artigo 8º - Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave. 1 – Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo. 2 – O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício. 3 – Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar. 4 – Sempre que, nos termos do nº 2 do artigo 10º, o Estado ou uma pessoa colectiva de Direito Público seja condenado em responsabilidade civil, fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de Direito Público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela.

sumário

casos de falta pessoal do agente, não extensível, por exemplo, às faltas cometidas por concessionários ou por colaboradores).³⁸

Com isso, voltamos aos ensinamentos do professor Cadilha, que entende como cabível a atuação para um resultado ilícito (dolo direto), ou quando o agente encara o resultado como uma consequência possível (dolo eventual), e, ainda, há a omissão no dever de diligência ou zelo pela não adoção das precauções necessárias, o que abarcaria a culpa consciente, e até mesmo o descuido (culpa inconsciente)³⁹.

DA APLICAÇÃO DAS LEIS CONSUMERISTAS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, NO BRASIL E EM PORTUGAL

Haja vista de tudo que aqui já foi exposto, no Brasil é inegável que o acesso a um bom serviço público deve ser tutelado pela legislação consumerista, de acordo com o art. 6º, X, da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor da legislação brasileira.

Como já delineado, a eficiência e eficácia dos serviços públicos, na realidade, é parte de princípios reflexos de normas constitucionais, como o princípio da Eficiência, disposto na própria Carta Magna, em seu artigo 37 e alhures⁴⁰. A dúvida que ainda pode se apresentar é se todo

³⁸ TAVARES DA SILVA, Suzana. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NUMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. Seminário CTOC, Santa Maria da Feira. 20.2.2009, pp. 8-9.

³⁹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS. ANOTADO. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, pp.136-137.

⁴⁰ BRAVO, Bárbara Magalhães. A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FERRAMENTA DE CONTROLE DO PROCESSO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. Orientador científico Carvalho, Fábio Santos. Disponível em: <http://repositorio.uptu.pt:8080/handle/11328/2588>. Acesso em: 22.05.2021.

sumário

e qualquer serviço público se caracteriza como relação de consumo, tanto no Brasil quanto em Portugal, nesse estudo de Direito Comparado.

O artigo 22 da lei brasileira disciplina que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Por sua vez, como todo serviço, sua definição, para fins de defesa do consumidor, é extraída do artigo 3º do CDC, que, em seu parágrafo 2º, dispõe que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Entretanto, somente os serviços pagos, isto é, mediante remuneração, podem vir a ser uma relação de consumo, de sorte a atrair a aplicação da legislação consumerista, mesmo que tais serviços sejam prestados pelo Estado⁴¹.

Por outro lado, nunca é demais lembrar que não é porque o serviço público não esteja sendo tarifado, ou seja, pago diretamente, nem sequer esteja sendo cobrado qualquer valor, que não está abrangido pelas regras do CDC, tanto quanto a remuneração do serviço privado vale também ao serviço público. Uma vez que, além de consumidores, necessariamente, todos são também contribuintes, nenhum serviço público deve ser considerado totalmente gratuito, já que todos aqueles que não sejam tarifados são, por outro lado, criados, mantidos e oferecidos, a partir do numerário obtido da arrecadação dos tributos, tendo, portanto, custeio.

⁴¹ BESSA, Leonardo Roscoe, e MOURA Walter José Faiad de. MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR; coordenação de Juliana Pereira da Silva. 4ª ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014, p. 290.

sumário

Em Portugal, a Lei nº 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor) traz oito direitos estruturantes e norteadores do sistema português de defesa do consumidor⁴², no art. 3º⁴³, que tem em seu art. 2º, nº 1, tal definição: “Todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade econômica que vise à obtenção de benefícios”.

Enquanto o art. 3º da LDC (norma consumerista lusitana) nos dá uma definição ampla e global, o coincidente art. 3º do CDC (norma consumerista brasileira) diz que o fornecedor pode ser público ou privado, por si, ou então por suas empresas públicas, que desenvolvem atividades de produção, direitos expressamente consagrados pelo art. 6º, em seu inciso X, ressaltando a adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral, e que estão sim sujeitos às leis de consumo, como bem explica o professor Rizzato Nunes⁴⁴, ao comentar o referido art. 3º do CDC em seu Curso de Direito do Consumidor.

⁴² SENNA, Daniel. O DIREITO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL. Coimbra, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333652/o-direito-do-consumidor-em-portugal>. Acesso em: 22.05.2021.

⁴³ São eles: a) a qualidade dos bens e serviços; b) a proteção da saúde e da segurança física; c) a formação e a educação para o consumo; d) a informação para o consumo; e) a proteção dos interesses econômicos; f) a prevenção e a reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos; g) a proteção jurídica por meio de uma Justiça acessível e pronta; e h) a participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses. In: SENNA, Daniel. O DIREITO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL. Coimbra, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333652/o-direito-do-consumidor-em-portugal>. Acesso em 22.05.2021.

⁴⁴ “Logo, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto... Note-se, ainda, quanto aos serviços, que são privados e também públicos, por disposição do art. 22 do CDC... Assim, estão compreendidos, na ampla regulação da lei consumerista, os serviços públicos, sem ressalvas. Se se levar em consideração que as duas exceções para a não abrangência do CDC, no que respeita aos serviços (sem efetiva remuneração e custo; os de caráter trabalhista), ter-se-á de concluir que praticamente todos os serviços públicos estão protegidos pela Lei 8.078/90”. In: NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor, São Paulo, 2009 p. 82.

sumário

Nesse interim, sendo um direito mencionado e referido em ambas as cartas constitucionais, a defesa aos direitos do consumidor não poderia apenas ficar atrelada às relações de direito privado, pois, ao Estado, não cabe somente a obrigação de defender tais direitos, mas também respeitá-los, como todo e qualquer prestador de serviços, no momento em que se dispõe a fazê-lo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado é garantidor de diversos serviços essenciais à população, porém ele não consegue atender todas essas demandas com o seu próprio quadro de servidores, devido à complexidade e conhecimento técnico de algumas dessas atividades, ocorrendo, assim, o fenômeno da delegação. Embora pareça simples, essa delegação requer o cumprimento de uma série de requisitos e trâmites burocráticos, tornando-se, dessa forma, um ato complexo.

E, mesmo existindo tal possibilidade, a responsabilidade civil contratual do Estado, em prestação de serviços públicos, deve ser regida da mesma forma para todos os modelos de delegação, tendo em vista que estes atuam em nome do Estado e sob sua fiscalização. Desse modo, tanto as delegatárias quanto a própria Administração Pública são *responsáveis por* qualquer sinistro, se sujeitado à penalização na esfera civil, administrativa e penal, devendo ressarcir a concedente, os usuários e terceiros que prejudicar.

Ante o exposto, é preciso lembrar que a responsabilidade civil do Estado, por danos causados a terceiros por seus prestadores de serviços públicos, é, de fato, subsidiária, ou seja, o Estado só será penalizado mediante a insuficiência financeira do prestador de serviço que ocasionou o dano, ou solidariamente, em caso de omissão do

sumário

Estado em fiscalizar tais atividades, como determina a lei, destacando-se que a responsabilidade civil do Estado só será subsidiária especificamente nos casos de prestação de serviços públicos. Para os demais casos, a responsabilidade será objetiva.

Logo, podemos concluir que a responsabilidade civil do estado, em regra objetiva, pode ser mitigada em algumas modalidades de ato administrativo, como nos casos de celebração de contratos públicos por meio de delegação de serviços, e, desde que remunerados, direta ou indiretamente, são regidos legalmente pelo Direito do Consumidor, tanto no Brasil, por meio da Lei 8.078/90 (CDC, Art. 6º, inciso VI), quanto em Portugal, pela Lei 24/96 (LDC, Art. 3º, alínea f), consagrando como direito fundamental a efetiva reparação por danos morais e patrimoniais, tornando a responsabilização do prestador de serviços uma importante garantia de cidadania.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José. *DA RESPONSABILIDADE CIVIL*, 12ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pág. 19.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei de responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entes públicos*. Revista de Legislação e Jurisprudência. Nº 3951. 2008,

BESSA, Leonardo Roscoe, e MOURA Walter José Faiad de. *Manual De Direito Do Consumidor*; coordenação de Juliana Pereira da Silva. 4ª ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BRAVO, Bárbara Magalhães. *A utilização do princípio da eficiência como ferramenta de controle do processo de concessão de serviços públicos*. Orientador científico Carvalho, Fábio Santos. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/2588>. Acesso em 22.05.2021.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas*. Anotado. Coimbra: Coimbra Editora. 2008.

sumário

CARDOSO DA SILVA, José Manuel M. *Sobre o novo regime da Responsabilidade do Estado por actos da função judicial*. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. Volume I. São Paulo: Classic Book, 2009.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.html. Acesso em 22.05.2021.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *A Responsabilidade Civil do Estado*. Texto destinado aos Estudos em Honra do Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia. O Direito. Coimbra. Ano 142, nº 4 (2010).

DIAS, Clara Angélica Gonçalves. *Responsabilidade Civil do Estado: Breve Panorama Evolutivo do Direito Brasileiro*. Revista Jurídica do MP-SP vol. 03, nº. 48, Curitiba, 2017. pp. 335-357. DOI: 10.6084/m9.figshare.5400328. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacaoedivulgacao/docbiblioteca/bibliservicosprodutos/bibliinformativo/bibliinf2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.48.15.pdf. Acesso em 20.05.2021.

Di PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed. SP: Atlas 2018.

FRANÇA. Código Civil 1804. Alterado Portaria nº 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGI TEX TO 00006070721/LEGISCTA000032037843/#LEGISCTA000032037843 > Acesso em: 10 Maio de 2021.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4ª edição, Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 7ª ed. – (Manuais universitários). 1º v: Introdução. Da constituição das obrigações. Almedina. 2008.

MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 21ª edição revista, atualizada e ampliada. 2018.

MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil: propostas de alteração aos artigos 503º a 508º do Código Civil e ao Decreto-Lei nº 408-79, de 25 de Setembro*; considerações em torno da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito. Coimbra. 1983.

sumário

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense. 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2009.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *A Responsabilidade Civil Do Estado Numa Perspectiva Constitucional*. Seminário CTOC, Santa Maria da Feira. 20.2.2009.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*, Revista Dos Tribunais. 2004.

SENNA, Daniel. *O DIREITO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL*. Coimbra, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333652/o-direito-do-consumidor-em-portugal> . Acesso em 22.05.2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2: Volume 2* 29 janeiro 2021.

2

André Queiroz Mergulhão

DOS CONTRATOS E RESPONSABILIDADE CIVIL VOLTADOS AOS IDOSOS COM ÊNFASE AOS PORTADORES DE DOENÇAS NEUROLÓGICAS

*CONTRACTS AND CIVIL RESPONSIBILITY
FOR THE ELDERLY WITH AN EMPHASIS FOR
PEOPLE WITH NEUROLOGICAL DISEASES*

sumário

RESUMO:

É fato que a população mundial tem alcançado uma maior longevidade nas últimas décadas. Juntamente com este fato, há uma série de riscos, como doenças e abandonos. Diante disso, eles também têm seus direitos e deveres, entre eles podemos exemplificar os Contratos Cíveis e os direitos do idoso em realizar, focando-se no direito à moradia, respeitando suas condições físicas, psicológicas e financeiras. Levam-se em consideração quais os direitos e deveres do idoso e seus dependentes, no que se refere à possibilidade de efetuar contratos cíveis em geral, e principalmente os de moradia e aluguéis, validando se existe algum direito ou estatuto do idoso que proteja a sua residência, ou lhe dê um direito à moradia, analisando de que forma pode ser amenizado o abandono do idoso no que se refere ao Lar. Neste sentido, o Brasil busca, através de diretrizes políticas, garantir assistência e acompanhamento para a sociedade que se encaixa neste quadro. Contudo, atualmente, encontra-se muito aquém. Posto isso, esse artigo delimita-se à discussão sobre políticas públicas que possam auxiliar os idosos, listando quais os seus direitos e deveres referentes a contratos cíveis, com ênfase em moradias dignas e auxílio do Estado, através de pesquisa teórica, indutiva e exploratória.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Cíveis para Idosos. Direito do Idoso. Políticas. Setor Público e Privado para o Idoso.

ABSTRACT:

It is a fact that the world population has achieved greater longevity in recent decades. Along with this fact, there are a number of risks, such as disease and abandonment, because of that they also have their rights and duties, among them we can exemplify the Civil Contracts and rights that the elderly are entitled to perform, focused on the right to housing, respecting their physical, psychological and financial conditions. Taking into account the rights and duties of the elderly and their dependents with regard to the possibility of entering into civil contracts in general and mainly for housing and rent, if there is any right or statute for the elderly that protects their residence or gives them a right to housing, and how the abandonment of the elderly in relation to the Home can be mitigated. In this sense, Brazil seeks through political guidelines to guarantee assistance and monitoring for the society that fits this picture. However, today, there is much to whom. That said, this article delimits the discussion of public policies that can help the elderly, what their rights and duties are regarding civil contracts with an emphasis on decent housing and State aid, through theoretical, inductive and exploratory research.

KEYWORDS: Civil Contracts for the Elderly. Elderly Law. Policies. Public and Private Sector for the Elderly.

sumário

INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade como um todo está envelhecendo, seja nos países em desenvolvimento ou nos países desenvolvidos. Porém, como podemos perceber, são raros os países que estão se preocupando com tal situação, e até mesmo se preparando para esta situação, visto que um país, seja qual for a sua situação, deve se preocupar com este fato, até mesmo porque isso é um dado que influencia em diversas áreas, como a economia, saúde, justiça, moradias, entre outros.

Assim, cada vez mais, percebemos que um grande número de idosos apresenta um quadro de demência, sendo que apenas 2% dos casos começam antes dos 65 anos. Depois disso, a prevalência dobra a cada incremento de cinco anos na idade. Essa enfermidade é uma das principais causas de incapacidade na vida adulta, mas existem muitas causas subjacentes de demência (FAGUNDES, et. al. 2019).

Fagundes (et. al., 2019) ainda define como doença causadora da demência a doença de Alzheimer (DA), caracterizada por placas amiloides corticais emaranhados, em que neurófila brilhais é a mais comum, respondendo por metade a três quartos de todos os casos. A demência vascular (VaD), por exemplo, é diagnosticada quando o suprimento cerebral de sangue oxigenado é repetidamente interrompido por derrames, ou por outra patologia dos vasos sanguíneos, levando a danos acumulados significativos no tecido e na função do cérebro.

A distinção entre AD e VaD tem sido posta em causa, uma vez que patologias mistas são muito comuns. Existem algumas causas raras de demência que podem ser tratadas efetivamente por intervenções médicas ou cirúrgicas oportunas - incluem crise hipercalcêmica, hematoma subaral, hidrocefalia sob pressão normal e deficiências de hormônio tireoidiano, vitamina B12 e ácido fólico.

sumário

Para a maior parte, infelizmente, não é possível alterar o curso progressivo do distúrbio. Tratamentos e apoio sintomáticos podem, no entanto, transformar o resultado para pessoas com demência e seus cuidadores.

Outra doença causadora de demência é a Doença de Parkinson (DP), que tem uma fase prodrômica, durante a qual características clínicas não motoras, bem como anormalidades fisiológicas, podem estar presentes. Esses marcadores pré-motores podem ser usados para rastrear a DP antes que anormalidades motoras estejam presentes.

Já existe a tecnologia para identificar a DP antes que ela atinja o estágio 3 de *Braak* sintomático (envolvimento da substância nervosa central - SNC). O desafio atual é definir o escopo de uso apropriado dos testes preditivos para DP.

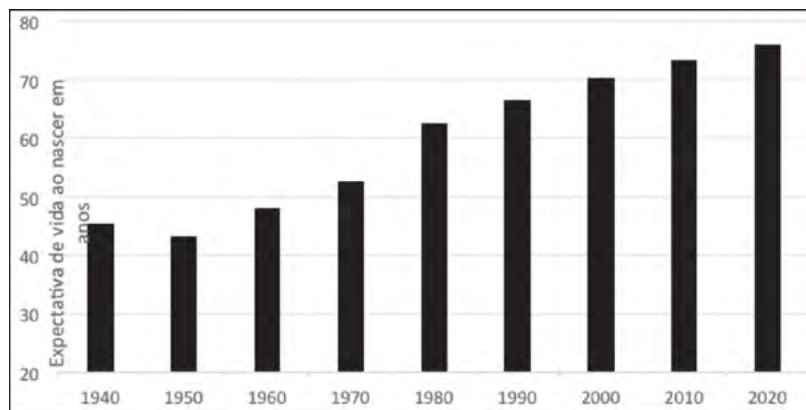
Percebe-se que existem inúmeros tratamentos que viabilizam um conforto maior para o indivíduo que desenvolve a doença, o que precisa ser esclarecido é justamente quais são as políticas públicas que “ditam as regras”, ou determinam como e quando os tratamentos são necessários e disponibilizados à sociedade de uma forma geral.

FATORES E ETIMOLOGIA DE RISCOS

Percebe-se que a estimativa de envelhecimento tem crescido nos últimos anos. E, com isso, vários fatores de risco têm preocupado não só a nação brasileira, mas o mundo todo, pois o envelhecimento traz consigo vários fatores com os quais as instituições de saúde devem preocupar-se para que, futuramente, não tenhamos só uma expectativa positiva de viver mais, mas também com mais saúde.

sumário

Figura 01: Estimativa de envelhecimento da Sociedade Brasileira, de 1940 até 2020.



Fonte: SALDIVA (et. al. 2018), modelo adaptado.

O principal fator de risco para a maioria das formas de demência é a idade avançada, com prevalência quase dobrando a cada cinco anos, com mais de 65 anos. O início, antes dessa idade, é muito incomum, e, no caso da DA, geralmente sugere uma causa genética. Mutações de um único gene em um dos três (proteína precursora de beta amiloide, presenilina 1 e presenilina 2) são responsáveis pela maioria desses casos (BOVOLENTA & FELÍCIO, 2016).

Para DA de início tardio, fatores ambientais (estilo de vida) e genéticos são importantes. Um polimorfismo genético comum, o alelo do gene e4 "lipoproteína", aumenta muito o risco de sofrer demência; e até 25% da população possui uma ou duas cópias (BOVOLENTA & FELÍCIO, 2016).

No entanto, não é incomum que um gêmeo idêntico sofra de demência e o outro não. Isso implica uma forte influência do meio ambiente. Evidências de estudos transversais e de controle de casos sugerem associações entre DA e educação limitada e traumatismo craniano, que, no entanto, são apenas parcialmente apoiados por estudos longitudinais (acompanhamento). (ARENHAR, 2009).



sumário

A depressão é um fator de risco em estudos longitudinais de curto prazo, mas isso pode ocorrer porque a depressão é um sintoma de apresentação precoce, e não uma causa de demência. Pesquisas recentes sugerem que a doença vascular predispõe tanto à DA quanto ao VaD. O tabagismo, inclusive, parece aumentar o risco de DA e também do VaD. Estudos de acompanhamento, a longo prazo, mostram que a pressão altera os níveis elevados de colesterol na meia-idade, e aumenta o risco de desenvolver AD mais tarde na vida (AVEIRO, 2008).

Apesar de muitas investigações, ainda se sabe muito pouco sobre os fatores ambientais e de estilo de vida relacionados à DA e outras demências. Pode ser que o foco na pesquisa, nos países desenvolvidos, tenha possibilidades limitadas para identificar fatores de risco. A prevalência e a incidência de DA parecem ser muito mais baixas em algumas regiões em desenvolvimento. Isso pode ocorrer porque alguns fatores de risco ambiental são muito menos prevalentes nessas definições.

Por exemplo, os homens africanos tendem a ser muito saudáveis do ponto de vista cardiovascular, com baixo colesterol, pressão arterial baixa e baixa incidência de doenças cardíacas e derrames. Por outro lado, alguns fatores de risco podem ser aparentes apenas nos países em desenvolvimento, pois são muito pouco frequentes nas economias desenvolvidas para que seus efeitos sejam detectados, tal como, por exemplo, a anemia, que foi identificada como um fator de risco na Índia. (ARENHAR, 2009).

O ESTATUTO DO IDOSO

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 3 de outubro de 2003, regula os direitos das pessoas com 60 anos de idade, ou mais, e é resultante de uma longa batalha pela luta dos direitos de pessoas que necessitavam de um cuidador maior, da Legislação Brasileira.

sumário

Dito estatuto estabeleceu as finalidades, os princípios e diretrizes, bem como as ações governamentais nas diversas áreas da administração pública, mas lamentavelmente não criou os Conselhos Estaduais e Municipais do Idoso.

Atualmente, os idosos são, de uma maneira geral, grande parte da sociedade que movimenta a economia, e foi através deles que estamos no ponto atual.

A atenção para com as pessoas idosas não deve ser encarada como um favor, mas como uma obrigação, pois elas conquistaram, ao longo da vida, o seu direito ao respeito na velhice, depois de muito contribuírem para a sociedade como um todo.

O grau de civilização de uma nação é medido pelo respeito que se tem com a sua sociedade e com os seus idosos, que muito contribuíram para o progresso de uma nação.

Felizmente, foram criados Leis e mecanismos de proteção para com essa parte da sociedade, nos quais se garantem os direitos do idoso. Contudo, infelizmente, esses direitos muitas vezes são desconhecidos pela maior parte da sociedade, e poucos que os conhecem muitas vezes nem os respeitam, e essas Leis acabam não sendo cumpridas.

Inevitavelmente, é fato que cerca de 50% dos idosos não conhecem os seus direitos, e esse tipo de desconhecimento acarreta, muitas vezes, o despojamento de seus bens para, logo depois, serem abandonadas à própria sorte.

O respeito aos mais idosos deriva principalmente do fato de que eles representam a memória e a sabedoria acumulada pela civilização. Um país sem os seus idosos seria uma nação sem história, sem tradição e sem os pilares que regem uma sociedade. Uma nação em grau avançado de respeito é aquela que sabe tirar o aprendizado dos

sumário

problemas e soluções do passado, e trata com profunda admiração toda a sua população. E um povo é tão mais atrasado quanto menor a participação dos idosos em sua população, e menos abrangentes são as suas leis para a proteção dos mesmos.

A expectativa de vida e de felicidade são um dos padrões adotados hoje pela Organização das Nações Unidas (ONU) para avaliar o grau de desenvolvimento de um país. Eles levam também em consideração a participação dos idosos e suas contribuições para o avanço do país.

No Brasil, a partir dos 60 anos, você passa a fazer parte de outra categoria de cidadão, a da terceira idade. Segundo o Estatuto do Idoso, comete crime especial aquele que violar direitos de idosos, e esses crimes têm suas penas agravadas.

Infelizmente, temos direitos que não são praticados por desconhecimento até mesmo de grande parte de nossa população da terceira idade.

Dos Vários direitos e deveres do Estatuto do Idoso no Brasil, destacamos alguns artigos importantes:

CAPÍTULO II - DO DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

Art. 10 - É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

sumário

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL. Lei nº 10.741, 2003. p. 2).

No mesmo sentido o capítulo IX regulamenta que:

CAPÍTULO IX - DA HABITAÇÃO

Art. 37 - O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

§ 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

§ 2º Toda instituição dedicada ao atendimento ao idoso fica obrigada a manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender toda a legislação pertinente.

§ 3º As instituições que abrigarem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei.

sumário

Art. 38 - Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

I – reserva de 3% (três por cento) das unidades residenciais para atendimento aos idosos;

II – implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso;

III – eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade ao idoso;

IV – critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão. (BRASIL. Lei nº 10.741, 2003. p. 8).

Esses são alguns exemplos dos direitos fundamentais resguardados aos idosos que o Estatuto do Idoso traz para o cidadão, para frear os desrespeitos que possam passar a pessoa que atinge o seu posto de terceira idade.

DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, seja Estadual ou Federal, tem papel fundamental na preservação dos direitos dos idosos e na manutenção e fiscalização do cumprimento da Lei, pois, a partir de quando as pessoas atingem 60 anos, adquirem direitos especiais devidos à idade. Logo, o *parquet* tem a obrigação de fazer com que esses direitos sejam respeitados, podendo agir contra particulares, empresas ou organismos governamentais. O artigo 77 do Estatuto do Idoso estabelece que todo processo que envolver uma pessoa idosa, em risco de sofrer qualquer dano, deverá ser acompanhado pelo Ministério Público. Vejamos:

Art. 77. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado. (BRASIL. Lei nº 10.741, 2003. p. 18).



sumário

Como tem o dever de defender os direitos da pessoa idosa, quando em risco, o Ministério Público pode recorrer a diversos tipos de investigação, inclusive requerer cooperação dos órgãos policiais ou particulares. Também pode instaurar o inquérito civil público ou o inquérito policial, e promover diligências para fazer cumprir a lei, inclusive promover uma ação civil pública.

Vale destacar que o Ministério Público pode, a qualquer momento, fiscalizar as entidades públicas e particulares de acolhimento de pessoas idosas, porém também é necessária a participação de todos da sociedade, para tentar coibir entidades não regulamentadas de funcionarem e promoverem o desrespeito ao idoso.

E quando tiver a necessidade de esclarecimentos quanto aos seus direitos, o idoso pode recorrer a diversas entidades, e assim, buscar orientação, além de, por direito, possuírem prioridade nas tramitações processuais e, dessa forma, terem passado a contar com uma maior celeridade nas buscas por seus direitos, bastando informar a sua condição de idoso ao juiz da causa.

DOS DIREITOS DOS IDOSOS

Como já dito anteriormente, é conhecida como pessoa idosa aquela que atinge a idade de 60 anos e passa a ter os seus direitos fundamentados primeiramente na Constituição Federal de 1988, na Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.179/74), na Política Nacional do Idoso (Lei no Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03) e no Código Civil de 2002, que estabelecem direitos pelos quais essa parcela da sociedade adquire, e que não devem ser respeitados apenas nas ruas, mas sim, dentro de suas casas também, por suas famílias.

sumário

Sim, pois a família deve buscar sempre promover o bem-estar de todos os seus membros, levando em consideração o cuidado com a saúde, alimentação, direito à moradia, à alimentação, à educação, ao respeito e à dignidade. Até hoje, no Brasil, são grandes os relatos de desrespeito e preconceito ao idoso. Mesmo existindo leis que os protejam, ainda são passivos de injustiças.

Os idosos, em sua totalidade, podem participar da política, fazer parte de qualquer organização ou movimento, tendo o direito de ir e vir, inclusive nas repartições públicas. Além disso, é um dever do poder público a preservação de sua imagem, de sua identidade, sua autonomia, de seus valores, ideias e crenças, a acessibilidade a todos os lugares, para fazer valer esses e outros direitos, quando assim o desejar.

Deve-se sempre lembrar que, no Brasil, é importante que você saiba que a pena para qualquer crime contra a pessoa idosa é aumentada em um terço (1/3). Tudo isso é garantido pela Constituição a todas as pessoas. Portanto, a pessoa idosa tem todos esses direitos garantidos e todos os cidadãos e entidades públicas ou particulares são obrigados a fazer valer esses direitos, sem qualquer tipo de obstáculo ou resistência.

DO DIREITO À MORADIA DOS IDOSOS

Por Lei, e conforme a nossa Constituição Federal, todo cidadão tem direitos fundamentais, tais como a um teto protegido contra intempéries do dia a dia. No que se refere à moradia, os seus direitos são definidos pelos artigos 1414 e 1416 do Código Civil. Esse direito é garantido também pelos artigos 37 e 38 do Estatuto do Idoso. Se o idoso casado, pelo regime da comunhão universal de bens, ficar viúvo, terá direito a ficar com a residência da família, desde que não tenha outra casa. Com isso, poderá escolher viver com os parentes mais próximos, ou instalar-se numa instituição pública ou privada.

sumário

As instituições de assistência ao idoso, como os asilos, são obrigadas a respeitar todos os direitos dos idosos, sendo proporcionado a esses uma qualidade de vida e dignidade, provendo uma boa alimentação, higiene adequada e remédios quando necessário.

Conforme observamos no Estatuto do Idoso, o seu artigo 38 diz que os programas habitacionais que contarem com recursos públicos são obrigados a dar prioridade às pessoas idosas. Determina-se que pelo menos 3% das unidades residenciais deverão ser reservadas a idosos.

O Código Civil Brasileiro também traz certos zelos quanto ao idoso viúvo ou viúva, conferindo direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento, principalmente nos casos em que o imóvel residencial é o único bem dessa natureza a se inventariar. Assim, o idoso herdeiro passa a ter o seu direito a viver na casa deixada pelo ente familiar. E desde que este seja seu único bem, este jamais poderá ser despejado do imóvel.

Outro ponto a ser abordado quanto ao direito do idoso e sua moradia é o abandono pela sua família, visto que percebemos, em muitos casos, que, pelo fato dos idosos necessitarem de apoio financeiro, apoio médico ou até mesmo uma companhia, as famílias, ao verificar que terão um suposto trabalho para com o idoso, o abandonam. Neste ponto, a Legislação Brasileira prevê quase todos os casos de abandono, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que são passíveis de pena, configurando inclusive como abandono afetivo do idoso.

O artigo 98 do Estatuto do Idoso reza o seguinte:

Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa. (BRASIL. Lei nº 10.741, 2003. p. 22).

sumário

Portanto, entendemos como abandono afetivo do idoso aquela pessoa que o abandona ao ver a situação de necessidade da pessoa maior de 60 anos, sem prestar nenhum auxílio, deixando o idoso em condições de fragilidade, configurando, portanto, um crime.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CAPACIDADE JURÍDICA DO IDOSO PARA A REALIZAÇÃO DE CONTRATOS

Como relatado inicialmente, com o passar dos anos, algumas pessoas tendem a ter possíveis doenças, e ter certas incapacidades. Assim, passam a não possuir condições de decidir o que é melhor para a sua saúde e para os seus negócios.

Dessa maneira, o Estatuto do Idoso, em seus artigos 106 e 108, procura definir com exatidão a palavra “discernimento”, determinando, assim, para o que a pessoa idosa é considerada capaz, e quando consegue distinguir quais são os seus direitos e deveres.

Logo, quando atingem certo grau de incapacidade, o ordenamento jurídico brasileiro entende que esta pessoa não se mostra capaz de efetuar certos contratos, assim como deixa de ter certos direitos, sendo necessário o auxílio de um ente familiar ou responsável para ajudar na resolução de certas questões fundamentais do dia a dia, ou até mesmo para o restante da sua vida (VENOSA 2017, p. 266). Por exemplo, o idoso que tiver problemas de saúde, sejam eles físicos ou mentais, que atrapalhem o seu discernimento, não pode fazer contratos, comprar ou vender bens, recorrer à justiça, porque não está em plena capacidade de gozo de direitos.

sumário

Portanto, incapacidade é quando a pessoa possui restrições legais quanto aos seus direitos e deveres diários, como os atos para o exercício da vida civil, assim não podendo sequer assumir dívidas, vender os bens de família, entre outros. Este fato não tira os direitos da pessoa incapaz. Ela apenas não pode exercê-los sozinha e diretamente, necessitando, com isso, de ser representada por um ente familiar ou maior responsável, muitas vezes chamado de Curador. Porém, para ser um curador, é necessário um pedido judicial, demonstrando que a outra parte não possui condições de decidir ou ter discernimentos em decisões cotidianas (VENOSA 2017, p. 267).

Temos, como exemplo, uma pessoa incapaz de herdar uma casa, que não pode vendê-la. No entanto, se acaso assim o fizer, sem o acompanhamento do curador, o negócio será nulo. Neste ponto, a Lei defende a seguinte premissa:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil:

- I – Os menores de 16 (dezesseis) anos;
- II – Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (BRASIL, Código Civil, 2002. p.1)

Nessa esteira, o Código Civil assevera que:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I – Celebrado por pessoa absolutamente incapaz. (BRASIL, Código Civil, 2002. p.58).

Portanto, de acordo com o Código Civil, a incapacidade deve ser decretada pelo Juiz. Caso contrário, o negócio praticado será válido, e é difícil desfazer esse negócio. Então, temos que nos atentar para este fato.

sumário

DO DIREITO DO CONSUMIDOR VOLTADO AO IDOSO

Outrossim, o art. 35 do Estatuto do Idoso regulamenta que fica caracterizada “a natureza contratual dos serviços de atendimento aos idosos em abrigos, o que faz incidir o Código de Defesa do Consumidor, de modo a salvaguardar a qualidade da prestação” para todas as entidades de longa permanência a firmarem contrato de prestação de serviço com a pessoa idosa abrigada.

Desse modo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de prestação de serviço por entidade de longa permanência, diante da vulnerabilidade incontestável em que se encontra a pessoa idosa. Isto serve para resguardar a parte hipossuficiente. Neste caso, a pessoa idosa muitas vezes não tem o conhecimento adequado para inclusive formalizar tais contratos, e, assim, o CDC serve para futuras contestações a seus direitos, quando a parte se sentir prejudicada (CNMP, 2016).

Portando, incide o princípio geral da vulnerabilidade, pois sabemos que o idoso se mostra a parte mais frágil da relação, necessitando de um cuidado especial para preservar suas garantias, devendo prevalecer a celeridade processual e o fácil acesso à Justiça, quando necessitar a inversão do ônus da prova e, em alguns casos, a interpretação das normas jurídicas em favor do idoso, conforme observamos no artigo 4º, II, CDC.

Assim, as entidades não devem somente respeitar o que determina a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso, devendo também atentar para o que determina o Código de Defesa do Consumidor.

É necessário esclarecer, de maneira clara, todos os itens presentes nos contratos, como observamos no artigo 6º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: III

sumário

– a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Não podemos esquecer que, conforme o CDC e o Estatuto do Idoso, pessoas acima de 60 anos têm direito a meia-entrada em eventos culturais, prioridades em processos judiciais, distribuição gratuita de remédios para hipertensão e diabetes, bem como transporte urbano e interestadual gratuito.

Além do mais, o idoso é hipervulnerável (BRASIL, Rafael. 2019), visto que possui certas dificuldades para entendimento ou análise de uma suposta situação ou um contrato. Assim, deve ser protegido pelo CDC, para que sejam garantidos os seus direitos como cidadão, mesmo sendo a pessoa vulnerável em determinadas negociações, como observamos no artigo 39, inciso IV do CDC.

Muito se observa, atualmente, algumas empresas se aproveitando desta situação para venderem produtos que, muitas vezes, estão em condições e situações prejudiciais ao idoso. Assim, todos devem estar atentos a certas particularidades do cidadão idoso. Um importante exemplo a ser lembrado nesses casos está relacionado aos planos de saúde, que são de extrema importância para o idoso, e, neste caso, o Estatuto do Idoso dita quais direitos que este cidadão tem quanto à proteção à sua saúde. Ressaltamos que, atualmente, é terminantemente proibida a cobrança de valores diferenciados ao idoso pelos Planos de Saúde, para, com isso, evitar a discriminação em função da idade, conforme observamos no § 3º, do artigo 15, do Estatuto do Idoso (BRASIL, Rafael. 2019).

Assim, é muito importante destacar que o idoso deve ser sempre respeitado em seus direitos como consumidor, sendo, no Brasil, através do Estatuto do Idoso e pelo CDC; enquanto que, em Portugal, através da Lei de Defesa do Consumidor, na qual se

sumário

preserva a importância dos cuidados especiais para com o cidadão acima de 60 anos, o qual é considerado idoso.

3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS IDOSOS

A Constituição Federal de 1988 disciplina, ainda, em seu art. 230:

Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, e garantindo-lhes o direito à vida”.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, Constituição Federal, 1988. p. 74).

Este artigo se enquadra no conceito da ideia da dignidade da pessoa humana, não se tratando somente da assistência material ou econômica, mas também da afetiva e psíquica. Logo, nenhum cidadão, nem mesmo a pessoa idosa, pode praticar qualquer ato que possa prejudicar o outro, alegando mero desconhecimento da Lei.

Dois artigos da Constituição dizem respeito, diretamente, ao interesse das pessoas idosas e familiares, o 229 e o 230. Vejamos:

Artigo 229 – Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os ***filhos maiores têm o dever*** de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, Constituição Federal, 1988. p. 74), *grifo nosso*.

Assim, tanto a criança pode requerer alimentos aos pais, como também os pais que se encontrarem em condições de desamparo podem requerer alimentos aos filhos maiores.

sumário

Artigo 230 – A família, a Sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, e garantindo-lhes o direito à vida”.

§ 1º - Os Programas de Amparo aos Idosos serão executados preferencialmente em seus lares. (BRASIL, Constituição Federal, 1988. p. 74).

Assim, todos os direitos passam por nossa Constituição Federal, no que se refere aos direitos de todas as pessoas, independentemente de idade, sexo, cor, condição social, religião, estado civil e opiniões políticas. A nossa Constituição tem, como fundamento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PARA IDOSOS: ANÁLISE DE UM CENÁRIO NACIONAL

Existem muitas políticas com foco nas pessoas idosas. As dificuldades para colocá-las em prática variam de precárias questões financeiras, para que o sistema de informação fragilizado faça uma análise das condições de vida e saúde, bem como o treinamento inadequado de recursos humanos, que possam ser explorados de forma adequada pelos órgãos públicos de saúde no Brasil.

O processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral e aos idosos, que não devem ser discriminados, mas devem ser o principal agente e destinatário das transformações indicadas nas políticas para idosos. Em seus princípios, destaca-se a preservação da autonomia das pessoas, da integridade física e moral, além de cuidados abrangentes e o estabelecimento de prioridades baseadas em epidemiologia.

No Brasil, a sociedade conquistou o direito universal e abrangente à saúde na Constituição de 1988, reafirmada com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), na Lei de Saúde Orgânica 8.080/90.



sumário

A compreensão desse direito envolve acesso universal e igualitário aos serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, garantindo atendimento holístico, tendo em vista as diferentes realidades e necessidades de saúde da população.

Essas premissas constitucionais são reafirmadas na Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e nas transferências intergovernamentais de recursos financeiros em saúde e nas Normas Operacionais Básicas (NOB), emitidas em 1991, 1993 e 1996, que, por sua vez, regulam e definem as estratégias e movimentos táticos que orientam a operação do sistema.

Ao mesmo tempo em que houve a regulamentação do SUS, o Brasil se organiza para responder às crescentes demandas do envelhecimento da população, e garantir os direitos sociais dos idosos, criando condições para promover a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, reafirmando o direito à saúde, nos diferentes níveis de atendimento do SUS.

Vale ressaltar que o plano de ação envolveu nove entidades: Ministério da Seguridade Social e Serviços; Educação e Esporte; Justiça; Cultura; Trabalho e emprego; Saúde; Esporte e turismo; Planejamento, Orçamento e Gestão; e a Secretaria de Desenvolvimento Urbano, com o objetivo de orientar ações integradas para colocar o PNI em prática⁴⁵.

Nesse sentido, define as ações e estratégias de cada entidade setorial, negocia recursos financeiros entre as três esferas governamentais - federal, estadual e municipal - e monitora, controla e avalia ações para garantir todos os direitos de cidadania ao idoso, formando a família, a sociedade e o Estado, responsáveis por garantir

⁴⁵ Ministério da Saúde (BR), Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. Portaria No 648/GM de 28 de março de 2006: aprova a Política Nacional de atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica para o Programa de Saúde da Família (PSF) e o Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Política Nacional de Atenção Básica. Brasília (DF): MS; 2006.



sumário

a sua participação comunitária, defender a sua dignidade, bem-estar e direito à vida. Assim, este plano aborda ações de prevenção, cura e promoção, com vistas à melhoria da qualidade de vida dos idosos.

Quando se relaciona a doenças supracitadas acima, como o mal de Parkinson e o mal de Alzheimer, no contexto sócio-histórico da política pública de atenção ao idoso, desenvolvida no Brasil, a implantação desta política não é recente, ou seja, data de janeiro de 1994. No mesmo período, destaca-se a implementação do modelo neoliberal no mesmo país, o que levou à adesão ao Consenso de Washington, quando a economia globalizada foi inaugurada. O mesmo período foi marcado pela crise da hiperinflação e sua mitigação por meio do plano real, pelos primeiros anos de implantação do Sistema Único de Saúde.

Por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) e pela universalização do ensino fundamental, apesar do alinhamento do modelo neoliberal. Em termos de proteção desse segmento populacional - idosos, em 1923, foi instituído o marco legal, denominado Lei Eloy Chaves, sobre o sistema de segurança; outras referências são encontradas em alguns artigos do Código Civil (1916), do Código Penal (1940) e do Código Eleitoral (1965).

Entre 1923 e 1965, destacam-se os dois mandatos de Getúlio Vargas, que marcaram o início de preocupações com o desenvolvimento de políticas públicas e com o desenvolvimento econômico no Brasil, essencialmente para responder às ansiedades da classe industrial brasileira, sem considerar as necessidades básicas da população, mas com o Estado atuando como o principal financiador dessa industrialização, sem poder para investir nesse empreendimento.

Além disso, as políticas resultantes são fragmentadas e, invariavelmente, em vez de minimizar, tendem a aprofundar os processos de exclusão, continuando a garantir serviços e benefícios para poucos.

Como estatística comprobatória do quanto o país precisa avançar neste sentido, ou seja, desenvolvendo políticas mais

sumário

seguras, que apoiem os idosos, recentemente (2014) foi realizada uma pesquisa através de um artigo publicado por Barreira & Ruiz (2014), juntamente com a Universidade Estadual do Ceará, onde foram constatados, através de dados sociodemográficos, que, dos 330 idosos participantes do estudo, 233 (70,6%) eram mulheres e 97 homens (29,4%). Através de tais apontamentos, (Barreira & Ruiz, 2014) podem ser conferidos através da imagem a seguir:

Figura 02: Demências diagnosticadas em idosos.

Demências	N	Percentual
Doença de Alzheimer	213	64,5%
Demência Vascular	72	21,8%
Demência Mista	33	10,0%
Doença de Parkinson	25	7,6%
Demência dos <i>Corpus de Lewy</i>	12	3,6%
Hidrocefalia	9	2,7%
Demência frontotemporal	7	2,1%

Fonte: Barreira & Ruiz (2014), modelo adaptado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto nos países em desenvolvimento ou nos desenvolvidos, o fenômeno do envelhecimento da sociedade, como um todo, implica necessariamente novos rumos para as políticas públicas, principalmente àquelas voltadas para os aspectos de saúde do envelhecimento da população, considerando também a minimização de custos nos diferentes setores sociais, e respeitando sempre seus direitos.

sumário

Destaca-se que esta pesquisa documental não respondeu a alguns problemas e/ou situações contemporâneos. Primeiro, o crescimento da longevidade humana, fator relevante, cujas políticas públicas para o envelhecimento populacional, tanto brasileiro como mundial, precisam levar em consideração as repercussões significativas desse evento nas relações de gênero.

Segundo, observou-se que os direitos financeiros relacionados à aposentadoria são garantidos, mas indicam que as políticas públicas de bem-estar dos idosos são insuficientes, considerando-se o mercado de trabalho ao qual, muitas vezes, eles retornam para complementar a sua renda (FELIX, 2010).

Este estudo alerta para o fato de que não se pode esquecer que o principal desafio é voltar sempre à luta pelos direitos sociais e humanos do idoso, com vistas à construção de sua cidadania, à relatividade dessas políticas para a construção de uma população idosa independente, que tenha seus direitos respeitados como um todo.

Essa análise também indicou que o estado de saúde do idoso depende significativamente da alocação de recursos para a saúde e para outros setores, incluindo: educação, alimentação, infraestrutura de saúde, moradia, meio ambiente, incentivos ao trabalho, promoção de estilo de vida saudável no esporte, cultura, lazer e justiça.

REFERÊNCIAS:

- ABREU, Célia Barbosa. Políticas públicas de saúde para idosos com Alzheimer. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7889>. Acesso em: 06 set. 2019.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Jornal do Advogado - OAB/SP - n 1º 289, dez/2004.
- BARREIRA MHA, RUIZ EM. O idoso demenciado em centro especializado no Município de Fortaleza, Ceará. Rev Med Minas Gerais, 2015;
- BEAUVOIR, Simone de. A velhice. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

sumário

BRASIL, Rafael. A proteção do consumidor idoso e hipervulnerável, segundo o CDC.

Direito do Consumidor, 2019. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/ptecao-consumidor-hipervulneravel>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 8 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.741 de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde (BR), Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. Portaria No 648/GM de 28 de março de 2006: aprova a Política Nacional de atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica para o Programa de Saúde da Família (PSF) e o Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Política Nacional de Atenção Básica. Brasília (DF): MS; 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: jurisprudência: pesquisa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=775565&b=ACOR>. Acesso em: 15 mai. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público: Manual de atuação funcional: o Ministério Público na Fiscalização das Instituições de Longa Permanência para Idosos/ Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília : CNMP, 2016. 130 p. il. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9984-manual-de-atuacao-funcional-o-ministerio-publico-na-fiscalizacao-das-instituicoes-de-longa-permanencia-para-idosos>. Acesso em: 15 mai. 2021.

FÉLIX, Jorge. O IDOSO E O MERCADO DE TRABALHO. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9092/1/O%20Idoso%20e%20o%20mercado.pdf>. Acesso em 23/05/2021.

SÃO PAULO. IEAC-21 – Instituto de Estudos, Ação e Cooperação Século XXI. MANUAL DO IDOSO: Como Fazer Valer Seus direitos. Parceria 56ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Osasco/SP

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil: família / Sílvio de Salvo Venosa. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

3

Guiomar Rocha Pereira Magalhães Bittencourt

O CONTRATO NAS RELAÇÕES PRÉ-NUPCIAIS: CONTRATO DE NAMORO, CONTRATO DE CONVIVÊNCIA E PACTO ANTENUPCIAL

*THE CONTRACT IN PRENUPTIALS
RELATIONSHIPS: DATING CONTRACT,
COHABITATION CONTRACT
AND ANTENUPCIAL PACT*

sumário

RESUMO:

Este artigo tem por objetivo apresentar e demonstrar os principais aspectos e definições dos contratos pré-nupciais, nas modalidades: contrato de namoro, contrato de convivência e pacto antenupcial, apontando-se as vantagens na realização desses instrumentos, elaborados com vistas a salvaguardar os direitos dos envolvidos no relacionamento amoroso, sobretudo os de caráter patrimonial. Pretende trazer, ainda, a distinção entre namoro e união estável, e a conversão desta em casamento, esclarecendo as características e efeitos do pacto antenupcial, traçando as diferenças do contrato de convivência. Por fim, conclui-se pela validade dos contratos pré-nupciais, optando-se sempre pela celebração na forma pública, fazendo um breve apanhado no Direito Comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos pré-nupciais. Contrato de namoro. Contrato de convivência. Pacto Antenupcial. Direito de Família.

ABSTRACT:

This article aims to present and demonstrate the main aspects and definitions of prenuptial contracts, in the following modalities: dating contract, cohabitation contract and prenuptial agreement, pointing out the advantages in the realization of these instruments, elaborated with a view to safeguarding the rights of those involved in the loving relationship, especially those of patrimonial character. It also intends to bring the distinction between courtship and stable union and its conversion into marriage, clarifying the characteristics and effects of the prenuptial agreement, tracing the differences in the cohabitation contract. Finally, it concludes that the prenuptial contracts are valid, always opting for the celebration in public form, making a brief overview of comparative law.

KEYWORDS: Prenuptial Contracts. Dating Contract. Cohabitation Contract. Antenupcial Pact. Family Law.

sumário

INTRODUÇÃO

Foi observado, no decorrer da história, no contexto da sociedade ocidental, que mudanças foram ocorrendo, quanto ao juízo, à prática e efetivação do casamento nos ordenamentos jurídicos, nas diferentes culturas e contextos de tempo e espaço.

Sublinha-se que, na esfera do âmbito familiar, se torna relevante se atentar à sua caracterização ou definição, pois há uma complexidade frente à conjuntura social, encontrando-se diversas situações, em distintos momentos históricos.

O casamento é a instituição familiar mais tradicional do Direito, assim é que o atual Código Civil trouxe poucas alterações sobre o tema, tratando-o com preferência ao discipliná-lo, amplamente, em relação à sua celebração, regime e consequências jurídicas no campo dos direitos e obrigações dos nubentes.

Nesta seara, aos casais que não desejam, inicialmente, o casamento, estão dispostas as opções dos contratos pré-nupciais, que estão numa ordem crescente de ocorrências.

Como forma de constituição de família, a união estável vem se convertendo na constituição familiar mais constante no Brasil, chegando a resultar em debates doutrinários e jurisprudenciais referentes à sua correlação ao matrimônio.

Apesar das regras aplicadas aos contratos estarem efetivadas em vários aspectos da vida em sociedade, nas mais diversas relações, atualmente, se destaca o ambiente familiar, alcançando conceitos cada vez mais amplos, ultrapassando os aspectos patrimoniais na normatização de situações anteriormente inconcebíveis no direito brasileiro, como, por exemplo, a união poliafetiva.

sumário

Pode-se aduzir que a união estável é uma entidade familiar, reconhecida pela Constituição Federal, de acordo com o que está prescrito nos parágrafos 3º e 4º, do art. 226, sendo que este instituto resulta também em direitos e obrigações para o casal. Antes da atual Constituição Federal, o casamento era exclusivamente a forma de uma família ser legitimada, conforme disposto no art. 229, do Código Civil de 1916.

A rapidez com que as pessoas têm trocado de parceiros, vai de encontro ao “felizes para sempre”, o qual, na canção de Cássia Eller, “*sem saber que pra sempre sempre acaba*”. As dissoluções acontecem e a preparação para esta fase envolve a proteção patrimonial e regras procedimentais. A fim de evitar grandes perdas financeiras decorrentes de términos traumáticos, os casais têm buscado, nos contratos pré-nupciais, a mitigação que desejam, especialmente com a celebração do contrato de namoro.

Pelo apresentado, pode-se concluir que, hodiernamente, o direito dos contratos traz a capacidade de instrumentalizar e harmonizar anseios sociais, consentindo, nesse aspecto, a observância de serem excedidos os limites da previsão da entidade familiar, pelo legislador. São admitidas e mantidas as uniões através de regramentos de convivência entre seus membros, pois a sociedade atual se torna cada vez mais pluralista, projetando as diversificadas necessidades apresentadas pelos indivíduos.

O objetivo do presente artigo é apresentar e demonstrar os principais aspectos e definições dos contratos pré-nupciais, a partir da autonomia da vontade, apontando as vantagens da realização desses instrumentos de forma facultativa, como no caso do contrato de namoro e no contrato ou declaração de convívio, e de forma obrigatória no caso de pacto antenupcial, nas hipóteses indicadas no ordenamento jurídico; trazendo, ainda, a importância da publicização destes instrumentos, desde a lavratura no tabelionato de notas, ao seu registro nos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais e

sumário

Registro de Imóveis, a depender da situação. Por fim, consta um breve apontamento sobre o tema no Direito Comparado.

A AUTONOMIA COMO EXPRESSÃO JURÍDICA DA VONTADE INDIVIDUAL NA FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL MODERNO

De acordo com Frank, a investigação histórica não deve ser conservadora, pois, no decorrer da história, a expressão 'autonomia' passou por diversos significados. E o autor cita os ensinamentos de Hespanha, que afirma: "O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente relacional ou local"⁴⁶.

Frank informa ainda que, no final do século XVII, e no decorrer dos séculos XVIII e XIX, foi consolidado o significado da referida expressão, sendo integrada à estrutura do Direito, no entendimento de manifestação da vontade do sujeito de direitos⁴⁷.

Skeat⁴⁸ conta que o conceito de autonomia não é originário da Era Moderna, pois já era concebido na Grécia Antiga, com a junção de significados etimológicos que significam autogoverno e independência. E narra Frank que não é de conhecimento geral que a expressão autonomia não é oriunda de uma ligação com a individualidade do sujeito, e sim se refere "à independência política de um determinado governo".

⁴⁶ FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais*. Tese. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós Graduação em Direito, 2017, p. 213.

⁴⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

⁴⁸ SKEAT, *apud* FRANK, Felipe, *op cit*, p. 17.

sumário

O conceito de autonomia, como é hoje concebido, “estritamente ligado à concepção de liberdade contratual”, não é o mesmo entendido na filosofia estoica, e nem na filosofia romana, influenciadas intensamente pela cultura grega, até porque o direito antigo “não conhecia senão um pequeno número de obrigações contratuais”, em vista das poucas relações econômicas existentes à época, narra Villey⁴⁹.

De acordo com Villey, a autonomia não era um conceito ligado ao individual, e sim ao todo, permanecendo este entendimento durante quase todo o período da Idade Média. Já o conceito de sujeito de direitos “pode ser considerado uma criação da Era Moderna”⁵⁰.

Desta forma, desconsiderando o geral em favor do singular⁵¹, e sublimando a “força reitora da vontade humana na constituição de vínculos intersubjetivos”, foi semeada a semente “do individualismo e da autonomia da vontade”⁵².

Frank assevera que:

O liberalismo político capitaneou a transformação dos institutos jurídicos por meio de sua reinterpretação à luz da racionalidade e da liberdade individual, merecendo destaque a fundamentação da propriedade e do contrato, instrumentos de acumulação e de circulação de riquezas, respectivamente⁵³.

Afirma Rodrigues Júnior que, possuindo no contrato a sua “forma excelsa de exteriorização”, a liberdade individual foi juridicamente qualificada neste contexto como “*autonomia de vontade*, verdadeira fonte criadora de direitos”⁵⁴.

⁴⁹ VILLEY, Michel. Direito romano. Porto: Resjuridica, 1991, p. 151.

⁵⁰ VILLEY, Michel, *op. cit.*, p. 152.

⁵¹ VILLEY Michel (a). A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 229.

⁵² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. *In* Revista de Informação Legislativa, vol. 41, n. 163, Brasília, jul.-set. 2004, pp. 113-130. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>. Acesso em 09 mai. 2021.

⁵³ FRANK, Felipe, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴ RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 23.

sumário

A evolução do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro e no Direito Comparado

O Direito Canônico influenciava as atitudes na Idade Média, visto que pregava a sacralidade dos contratos, impondo a liberdade de contratar uma responsabilidade pelos compromissos assumidos. Neste sentido, “a palavra dada, a vontade manifestada à outra pessoa, era tida como sagrada e o seu descumprimento configurava o pecado”, segundo informa Gonzales⁵⁵.

A autora comenta também que o liberalismo político e econômico influenciou a elaboração do Código Civil de 1916, que concedeu às partes a liberdade para contratar, escolhendo os termos da avença, sendo que, na regulação das relações contratuais, este diploma instituiu que, “após a sua conclusão, não era permissível descumprir o que fora convencionado, sob pena de sofrer sanções legalmente previstas”.

A concepção dos juristas, nos últimos dois séculos, foi a de que o bem comum da sociedade era alcançado com a soma de todos os bens individuais, defendendo, assim, a satisfação do interesse próprio, que significava a busca pelo bem individual. Este entendimento sofreu a influência do positivismo jurídico e do individualismo liberal, “acreditando assim o legislador ser desnecessária a solidariedade, uma vez que a partir da vontade livre e consciente de cada pessoa seria possível alcançar a felicidade coletiva”⁵⁶.

Na existência da ordem pública contratual, justifica-se a proteção dos interesses privados como expressão da liberdade individual, mas também “em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas”, comentam Tepedino *et al*⁵⁷.

⁵⁵ GONZALES, Fabiana Marques dos Reis. *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-Fé Objetiva*. Artigo científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014, p. 6.

⁵⁶ GONZALES, Fabiana Marques dos Reis, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3 – Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 113.

sumário

Segundo os autores, o legislador constituinte buscou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, expressa em seu art. 3º, I, e este objetivo projeta-se “no atendimento aos imperativos de justiça e proporcionalidade no âmbito do direito contratual”. A intenção é a de que haja a atuação em consonância com as situações de desigualdade fática, no desenvolvimento das obrigações que serão estabelecidas no contrato, que já possui sua intangibilidade em seu conteúdo.

Explicam ainda os estudiosos que a validação do contrato advém da tradução da real manifestação de vontade das partes que lhe deram origem, o que exige que as partes devam possuir não só capacidade para tal, como também “aptidão genérica para contrair direitos e obrigações”, o que as legitima para atuarem como partes naquele contrato específico⁵⁸.

Tepedino *et al* esclarecem que é considerado como “preliminar o contrato que tem por objeto a celebração de outro contrato, usualmente referido como principal, definitivo ou prometido”.

Concebe Reale: “o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”⁵⁹.

Diz Pereira que, “com o passar do tempo, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se, generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata”. Deseja o autor justificar a relevância do contrato na rotina de um indivíduo, e prossegue:

⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, São Paulo: Atlas, 2004, 2ª Ed, p. 139.

⁵⁹ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, n. 752, jun. 1998, pp. 22-30.

sumário

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários⁶⁰.

Gonzales aduz que a Constituição da República apoia o ato de contratar, em seu artigo 1º inciso IV, “correspondendo ao valor da livre iniciativa, sendo tal preceito um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e de caráter manifestamente preambular”⁶¹.

As relações familiares foram se alterando no decorrer do tempo, e, na contemporaneidade, possuem mudanças que levaram o Direito de Família, que, assim como os demais ramos do Direito, está em constante modificação, a se adequar para acompanhar estas transformações. Conforme Santana, “a pós-modernidade tem como característica a liquidez das relações, que consequentemente resulta no anseio da sociedade pela autonomia em estabelecer, manter ou dissolver relações, conforme a própria vontade”⁶².

Betti explica que, nesta conjuntura, iniciou-se uma autorregulação dos interesses interpessoais no âmbito familiar, através de um movimento de privatização e contratualização das relações familiares. Estas relações contratuais passaram a se constituir em negócios jurídicos, considerados pelo autor “como atos por meio dos quais os

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11.

⁶¹ GONZALES, Fabiana Marques dos Reis, *op. cit.*, p. 9.

⁶² SANTANA, Klesleyanne Mellemberg Bueno. *Promessa esponsalícia e as consequências em caso de rompimento*. Revista Jus Brasil, abril de 2021. Disponível em <https://kles.jusbrasil.com.br/artigos/303302848/promessa-esponsalicia-e-as-consequencias-em-caso-de-rompimento>, p. 17. Acesso em: 20.05.2021

sumário

particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações”⁶³.

Na era imperialista brasileira, o ordenamento jurídico reconhecia somente o casamento católico, por ser esta a religião oficial do Estado. No entanto, com a adoção de outras religiões, com o passar do tempo, foi necessário criar o casamento de natureza civil, o que levou à edição da Lei 1.861, que consentia “a união entre duas pessoas de crenças distintas, sendo permitido, a partir desse momento, tanto o casamento religioso católico oficial do Estado, como também o casamento entre pessoas com seitas distintas”, informa Betti⁶⁴.

O autor narra também que, no Código Civil de 1916, o matrimônio era a base para se constituir a família. O casamento religioso, com efeitos civis, passou a ser autorizado com a Lei n. 379/37, mas, “apesar desta previsão, os nubentes podem realizar os dois casamentos, civil e religioso, separadamente”. Reiterando esta situação, a Constituição de 1946, em seu artigo 163, trouxe a necessidade de se registrar o casamento no cartório público, com prévia habilitação.

Na Constituição Federal de 1988, o tema casamento foi limitado ao disposto no artigo 226, que renovou, em seus parágrafos, a gratuidade da celebração do casamento civil, tratando também da igualdade entre os cônjuges, e trouxe, para a legitimidade, os filhos havidos fora da relação matrimonial⁶⁵.

Várias foram as alterações no Direito de Família oriundas do Código Civil de 2002, constituindo o casamento como o ato mais formal da legislação pátria, exigindo que, para a celebração, as partes devam provar que são capazes, que não são impedidas ou mesmo

⁶³ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 74.

⁶⁴ BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁵ SANTANA, Klesleyanne, *op. cit.*, p. 18.

sumário

suspensas para tal ato, para passarem pelo processo habilitatório. O diploma também admitiu a união estável como entidade familiar.

Segundo Rodrigues, “o casamento é um contrato, acrescentando tratar-se de contrato de direito de família”⁶⁶. Discorre o autor que o Direito de Família é o ramo do Direito Civil cujas regras e princípios regulam as relações jurídicas do casamento, da união estável e do parentesco, previstas pelo Código Civil de 2002.

O CONTRATO DE NAMORO

Ah, o amor! O namoro não é reconhecido juridicamente como uma entidade familiar, e nem a ela está equiparado. O significado da palavra namoro sequer é extraído do ordenamento pátrio, mas sim, é cunhado no dicionário como sendo o “relacionamento amoroso entre duas pessoas em que há a aproximação física e psíquica, fundada numa atração recíproca, que aspira à continuidade”⁶⁷.

O namoro é a encantadora primeira fase de um relacionamento afetivo, e sua acepção vem mudando ao longo dos anos, conforme a sociedade vai se modificando, evoluindo. Se, nos primórdios, os namoros eram marcados pelos encontros às escondidas e pelas juras de amor eterno, com o passar dos anos, o toque de mão passou a ser sinal de namoro. A esta altura, já se admitia que o namorado frequentasse a casa da amada, nos horários preestabelecidos, e que realizassem passeios juntos, mas, neste caso, o casal sempre era acompanhado de um membro da família da donzela.

⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*. 28ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 19.

⁶⁷ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Objetiva, 2007, p. 1993.

sumário

Atualmente, o namoro tem mais liberdade, é mais aberto. É comum os casais viajarem sozinhos, dormirem juntos, passarem a maior parte do tempo na companhia um do outro e, por vezes, dividirem o mesmo teto, sem que isso configure união estável⁶⁸. Na realidade, a finalidade do namoro continua a mesma: conhecimento mútuo entre os parceiros, o que mudou é a forma pela qual os casais se relacionam, e o grau de intimidade entre eles.

Devido a essa similitude entre o namoro e a união estável, e por serem encontrados requisitos deste naquela, e somando isso ao aumento das demandas judiciais para a discussão do tema, aumentou-se a procura de jovens e adultos pelo chamado contrato de namoro.

De acordo com Pickler, “o contrato de namoro é capaz de gerar efeitos jurídicos nas relações interpessoais que não configurem união estável”⁶⁹.

Explica a autora que “o contrato é uma emissão volitiva dirigida a um determinado fim, existe destinado a produzir seus efeitos”. Como em qualquer área jurídica, é necessário que cumpra com os requisitos para desfrutar do reconhecimento do ordenamento jurídico, e produza todos os efeitos⁷⁰.

E prossegue ainda comentando que tais requisitos contratuais, fundamentais à validação jurídica dos contratos, são iguais aos dos negócios jurídicos: a pessoa do agente, ao objeto da relação e à forma da emissão de vontade.

⁶⁸ VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 312.

⁶⁹ PICKLER, Gabrielle Uliana Niehues. *Validade jurídica do contrato de namoro para a não caracterização de união estável*. Monografia. Universidade do Sul de Santa Catarina. 2018, pp. 38, 53.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva (a). *Instituições de direito civil* – Vol. II. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 393.

sumário

Esta previsão se encontra no art. 104 do CC/02: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Origem e finalidade

Esclarece Dias que a principal origem deste contrato em tela foi a dificuldade encontrada em se estabelecer se o vínculo é de namoro ou união estável, o qual é determinado pelo nível de comprometimento do casal, à medida em que existem divergências em situações em que um dos contratantes entende estar namorando e o outro pensa estar em união estável. Desta forma, será do Judiciário a função de solucionar o conflito e determinar “se configura namoro ou união estável”⁷¹.

Também se explica a origem do contrato de namoro devido à insegurança que envolve os assuntos patrimoniais, buscando, assim, prevenir riscos e prejuízos que podem resultar de uma ação com pedidos de ordem patrimonial.

Esta ação teria por base a alegação da existência de uma união estável, elencando uma extensa lista de efeitos patrimoniais que enseja, “quando, de fato e realmente, só havia namoro, sem maior comprometimento, daí algumas pessoas combinarem e celebrarem o que tem sido denominado contrato de namoro”⁷².

O Superior Tribunal de Justiça firmou a tese do namoro qualificado. Expressão que foi utilizada pelo Ministro Marco Aurélio Belizze, no julgamento do RESP Nº 1.454.643, da Terceira Turma, em 10/03/2015. O embate judicial envolvia a compra, pelo réu, de um apartamento que serviria para a “futura moradia” do casal, após o casamento, e culmi-

⁷¹ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 434.

⁷² *Ibidem*.

sumário

nou com o reconhecimento de que os litigantes “não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento, projetaram para o futuro – e não para o presente –, o propósito de constituir uma entidade familiar”.

No mesmo voto, o Ministro, com o brilhantismo que lhe é peculiar, afirma que o propósito de constituir família, requisito essencial da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado “namoro qualificado” –, não se consubstancia na mera projeção para o futuro. “Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída”.

Assim, verifica-se que o namoro não tem os deveres da união estável. Por exemplo, não existe o dever de lealdade, a obrigação de assistência e responsabilidade entre os namorados, bem como o relacionamento afetivo, ainda que qualificado, não produz qualquer efeito patrimonial. Por isso, não há que se falar em regime de bens, partilha, alimentos. Tanto é assim que, em caso de término do relacionamento amoroso, aquele que se sentir prejudicado deve promover ação indenizatória na vara comum, e não na vara de família.

A partir do momento em que o relacionamento se torna maduro e se prolonga no tempo, não existindo interesse dos namorados em constituir família, é recomendada a celebração do contrato de namoro, que pode ser formalizado por meio de escritura pública, perante um tabelião de notas.

A celebração desse instrumento tem a finalidade de evitar a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro, e assegurar a ausência de comprometimento recíproco⁷³.

⁷³ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 434.

sumário

**Validade jurídica do contrato de namoro para
não caracterização de união estável**

Figueiredo e Figueiredo⁷⁴ lecionam que a origem do contrato de namoro “remete ao advento da união estável e da judicialização das relações dos companheiros”. Este evento, após o reconhecimento do instituto pelo direito, se transformou em fenômeno social, levando àqueles que possuíam o interesse de documentar, “por meio de declaração, ou instrumento contratual, o afastamento da união estável”.

Em seguimento, os autores ensinam ser atípico⁷⁵ o contrato de namoro, tendo forma livre, sendo prudente que, para ter eficácia *erga omnes*, preservando a manifestação de vontade das partes, seja realizado por instrumento público.

A validade do contrato de namoro ainda é muito discutida na doutrina. A corrente minoritária, que defende a validade do mecanismo, afirma que os pactuantes podem declarar de forma expressa, observados os princípios da boa-fé e da probidade, inerentes aos contratos, e desde que não violem as normas de ordem pública e os bons costumes, que mantêm um namoro, sem o intuito de constituir família, e que esse relacionamento amoroso não configura união estável, alçados na autonomia da vontade privada e no liberalismo⁷⁶.

Por outro lado, a corrente majoritária entende que o contrato de namoro seria inválido, eis que firmado com o objetivo de afastar o reconhecimento da união estável, cuja regulação é feita por normas cogentes, de ordem pública, indisponíveis pela simples vontade das partes⁷⁷.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Direito civil: família e sucessões*. 2. ed. Bahia: JusPodivm. 2015, p. 280.

⁷⁵ CC/2002: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

⁷⁶ VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 321.

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de namoro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

sumário

O contrato de namoro, assim como qualquer outro celebrado com intuito fraudulento, dissimulatório ou ilícito, será considerado nulo de pleno direito. Entretanto, o que se defende é que nem todos os contratos são firmados nessas condições. Uma vez formalizado o contrato de namoro, ainda que por escritura pública, se restar comprovada a união estável, o primeiro deve ceder espaço ao segundo.

Igualmente, não terá validade um contrato de convivência em que não sejam cumpridos os requisitos que configuram a união estável⁷⁸. Nada obsta, todavia, que a situação inicial estabelecida pelos pactuantes seja alterada com o decurso do tempo. Se hoje os namorados querem somente manter um relacionamento afetivo, sem qualquer repercussão patrimonial, e não se veem constituindo família; amanhã, por qualquer motivo, podem querer constituir união estável ou até contrair matrimônio.

Da mesma forma, por ser livre a estipulação das cláusulas contratuais, é perfeitamente possível o estabelecimento de uma condição, que se subordina a evento futuro e incerto, no tocante aos efeitos patrimoniais advindos da união estável, nos contratos de namoro, por inteligência da combinação dos artigos 121⁷⁹ e 841⁸⁰ do Código Civil.

O contrato de namoro no Direito Comparado

Em Portugal, segundo informa Veloso, os efeitos oriundos da *União de Facto Portuguesa* são bem simplificados, “infinitamente menores, mais modestos do que os consagrados na ordem jurídica

⁷⁸ VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 322.

⁷⁹ CC/2002: “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

⁸⁰ CC/2002: “Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

sumário

brasileira”⁸¹. Apesar disso, Lança⁸² adverte: “Dormir com alguém, acordar com o Estado”.

De acordo com Vilela⁸³, tem havido muito furor, o que o autor considera grave, nas ações regulamentárias, em matéria dos contratos pré-nupciais, observando que: “Não há na Constituição uma só palavra de onde se possa derivar a suposta necessidade de submeter essas formações espontâneas à cravelha da lei”. Entende o autor que a Constituição é objetiva à prática da justiça social, estendendo a tais construções informais “o manto protetor da lei, especialmente os benefícios da seguridade social”.

Similar ao contrato de namoro, o Direito estadunidense reconhece o *agreement of joint intent not to have a common law marriage*⁸⁴, que consiste em um acordo de intenções firmado entre namorados que não desejam a intervenção do Estado na sua relação amorosa, com o intuito de afastar o reconhecimento da união estável⁸⁵. A liberdade é concedida aos contratantes, para pactuarem o *status* do relacionamento, definindo limites e direitos de propriedade de um casal que decidiu não se casar nem constituir união estável, o que demonstra uma intervenção reduzida do Estado no âmbito privado.

Neste compasso, vem ganhando espaço, entre os americanos, o famigerado *cohabitation agreement*, que é um contrato celebrado entre indivíduos que se relacionam e vivem juntos, mas não são casados⁸⁶.

⁸¹ VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 299.

⁸² LANÇA, Hugo Cunha. Direito de Família. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n. 24, Porto, Portugal, 2014, pp. 179-232.

⁸³ VILLELA, João Batista. Repensando o Direito de Família. *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 23.

⁸⁴ Que em português se traduz em: Acordo de intenção conjunta de não ter uma união estável

⁸⁵ XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 102.

⁸⁶ HOLLINGSWORTH, Gabrielle. *Cohabitation and property rights*. 2018. Disponível em: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/cohabitation-and-propertyrights.html>. Acesso em: 22 abr. 2021.

sumário

Destaca-se que bons acordos de coabitação são aqueles elaborados logo no início do relacionamento, e que lidam com questões envolvendo propriedades, dívidas, heranças e diretrizes de saúde, por exemplo.

O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA NA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 226, § 3º, a união estável como entidade familiar, dispondo ainda, em seu texto, que a lei deverá facilitar meios viáveis para a conversão desta união em casamento.

Maia⁸⁷ explica que a união estável se constitui numa situação de fato, onde não são exigidas formalidades documentais para que se caracterize como tal, restando, assim, ao julgador buscar, com base no conjunto probatório, deliberar acerca da existência da união estável.

Desse modo, assevera o autor que “a existência de um contrato não pode impedir ou criar uma união estável, haja vista tratar-se de uma situação fática”⁸⁸. Todavia, o Código Civil estabelece, em seu art. 1.725, a permissão para a celebração de contrato escrito entre os companheiros, visando “estipular regras patrimoniais específicas que irão prevalecer na união estável”⁸⁹.

Em outros termos, a natureza do contrato de convivência é declaratória⁹⁰, eis que os companheiros reconhecem que cumprem

⁸⁷ MAIA, Enio da Silva. *Contrato de união estável e a (ir)retroatividade dos efeitos patrimoniais*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48522/contrato-de-uniao-estavel-e-air-retroatividadedados-efeitos-patrimoniais>. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁸⁸ MAIA, Enio da Silva, *op. cit.*

⁸⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5ª edição. São Paulo, Editora Método, 2015, p. 3.

⁹⁰ VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 298.

sumário

os requisitos do art. 1.723⁹¹ do Código Civil e, por tal razão, desejam regular direitos, deveres, aspectos patrimoniais, como regime de bens e regras explícitas em caso de ruptura da união.

Com o julgado do Recurso Extraordinário 878.694, pela Suprema Corte, que declarou a inconstitucionalidade, o art. 1.790 do Código Civil, que regulava a sucessão do companheiro, praticamente nada mais separa a união estável do casamento⁹², divergindo opiniões. No dizer de Cahali: “querer transformar um fato jurídico em ato jurídico, é, sem dúvida, subverter a essência desta figura”⁹³.

No entendimento de Dias, o surgimento do termo *entidade familiar*, na Constituição Federal, devido a sua abrangência, permitiu “uma proteção maior aos relacionamentos informais e, com isso, a união de fato que se estabelecia entre homem e mulher passou a ser considerada uma das formas de entidade familiar, denominada união estável”⁹⁴.

Leciona a jurista que, mesmo com a dispensa de formalismos exigidos ao casamento, a união estável começa a se caracterizar pela vontade de vida em comum, sendo devido apenas ao mútuo consenso dos companheiros. Lembra a autora que tal aprimoramento “difere do simples ‘ficar’, ou seja, há requisitos próprios para a configuração da união estável como entidade familiar, que devem ser compreendidos para assimilar a sua formação”.

A união estável é assim definida por Monteiro:

[...] é a ausência de casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem

⁹¹ CC/2002: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. §1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. §2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”.

⁹² VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 323.

⁹³ CAHALI, Francisco *op. cit.*, p. 298.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

sumário

sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento. Muito embora a união estável seja uma entidade familiar monogâmica equiparada ao casamento, assim reconhecida no plano constitucional (Const. Federal, art. 226, § 3º), sua constituição e dissolução diferem da formação e extinção do matrimônio. Isso porque a união estável tem natureza fática, formando-se e extinguindo-se no plano dos fatos, sem a obrigatoriedade de sua formalização por um ato solene e de sua desconstituição por outra providência formal. O casamento, por outro lado, constitui-se e extingue-se por meio de atos solenes, com todas as formalidades exigidas em lei⁹⁵.

Pode-se inferir que, mesmo não criando ou impedindo a constituição de união estável, o contrato pode desempenhar importante papel como meio probatório da intenção dos companheiros, e, sobretudo, regular os efeitos patrimoniais da união estável.

Essa intenção é justamente o que difere a união estável do namoro qualificado. A vontade de constituir família deve ser comum aos parceiros. São pequenos detalhes que servirão de meios para auxiliar o juiz no julgamento das questões, que podem recorrer à técnica da ponderação⁹⁶. A abertura de conta conjunta, declaração de plano de saúde, contrato de locação em nome dos conviventes, por exemplo, são indícios de que os companheiros mantêm uma união estável.

Requisitos

Romanelli⁹⁷ esclarece que, diferentemente do pacto antenupcial, que exige forma pública, sendo destinado ao casamento, o contrato de união estável pode ser elaborado por escritura pública ou particular.

⁹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 43ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69.

⁹⁶ Enunciado nº 17 do IBDFAM: “A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, §2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões”.

⁹⁷ ROMANELLI, Taís. *União estável: entenda seus direitos de forma fácil e descomplicada*. Dicas de Mulher. Publicado em 2018. Disponível em: <https://www.dicasdemulher.com.br/uniao-estavel/>. Acesso em 20/05/2021.

sumário

Silva, citado por Romanelli⁹⁸, entende que existem requisitos objetivos para a constituição da união estável:

A *notoriedade*: que diz respeito a uma relação que não seja furtiva, secreta. Para isso, basta que os companheiros tratem-se socialmente como marido e mulher, revelando sua intenção de constituir família.

A *estabilidade ou duração prolongada*: que não exige um tempo mínimo de convivência, mas sim o suficiente para que se reconheça a estabilidade da relação (que pode ser de meses ou de anos, desde que nesse período fique comprovada a intenção de constituir uma família).

A *continuidade*: é necessária a existência de continuidade no relacionamento, sem interrupções, considerando que a instabilidade causada por constantes rupturas no relacionamento pode provocar insegurança jurídica.

A *inexistência de impedimentos matrimoniais*: estão proibidas as uniões estáveis quando existirem os impedimentos matrimoniais, considerando que “quem não tem legitimação para casar, não tem legitimação para criar entidade familiar pela convivência”. A única exceção é em relação às pessoas casadas, separadas de fato ou judicialmente que, ainda que impedidas de contrair matrimônio, poderão conviver em união estável.

A *relação monogâmica*: é fundamental para a caracterização da união estável que ambos os companheiros sejam monogâmicos (não possuam outra relação de caráter conjugal).

A *diversidade de sexos*: é considerada requisito para a caracterização da união estável, conforme o artigo 226, §3º da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil. Porém, conforme explica Silva, apesar do texto constitucional restringir que família somente existe entre homem e mulher, atualmente é reconhecida a união estável homoafetiva de caráter familiar, onde já é possível a sua devida formalização através da declaração de união estável ou pelo casamento civil.⁹⁹

⁹⁸ ROMANELLI, Taís, *op cit.*

⁹⁹ ROMANELLI, Taís, *op cit.* p. 610.

sumário

E, na visão de que também há requisitos de ordem subjetiva para se constituir a união estável, estão:

A convivência more uxorio: que consiste na “comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar a de pessoas casadas”. Isso envolve a mútua assistência moral, material e espiritual, caracterizada pelos interesses e atos comuns.

O affectio maritalis: que consiste no desejo de constituir família. Ou seja, que além do afeto (elemento componente de toda relação familiar), inclui o propósito comum de formação de uma entidade familiar.¹⁰⁰

Neste sentido, também entende Gonçalves que as definições inseridas pelo Código Civil e pela doutrina, levam à constatação de que alguns requisitos devem ser preenchidos para o reconhecimento da união estável. A relevância da convivência entre o casal, na união estável, está na exigência desta situação pelas normas jurídicas, sendo diferente no Código Civil que “convenciona a relação entre homem e mulher”. Aduz Gonçalves acerca da convivência como requisito da união estável:

É mister uma comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar¹⁰¹.

Ressalta o autor que não é suficiente que o casal resida na mesma casa, “sendo necessário um convívio e auxílio mútuo, de forma material e imaterial, como casados”¹⁰². Além disso, há a possibilidade de que os companheiros habitem em locais diferentes, por algum motivo aceitável, mas os demais requisitos devem ser preenchidos, para que não se descaracterize a união estável entre eles.

¹⁰⁰ *Idem*, p.315

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. VI: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 613.

¹⁰² *Ibidem*.

sumário

Nesta linha, se assevera também a importância da publicidade, mesmo que seja aos poucos, para que se caracterize como união estável. Esta publicidade se traduz no que a sociedade, os amigos, parentes e família julgam quando conhecem e vivenciam que o casal se comporta “como se casados fossem”¹⁰³.

Monteiro leciona que, “além dos pressupostos já mencionados, deve existir a intenção de unir-se um ao outro, ou seja, o desígnio familiar, que torna real a caracterização da união estável”¹⁰⁴.

Para Gonçalves: “[...] é absolutamente necessário que haja entre os conviventes, além do afeto, o elemento espiritual caracterizado pelo ânimo, a intenção, o firme propósito de constituir uma família [...]”¹⁰⁵.

Acerca deste requisito, corrobora Monteiro: “A união estável, que é manifestação aparente de casamento, caracteriza-se pela comunhão de vidas entre duas pessoas, no sentido material e imaterial, isto é, pela constituição de uma família”¹⁰⁶.

E, lembrando o julgado do STJ, não se trata de uma construção de família futura, mas sim atual, no momento presente.

Regime de bens possível, estado civil do companheiro, prazo mínimo e herança

De conformidade com a lei, fica expressamente estabelecido que, na falta de contrato regulando os efeitos patrimoniais dos conviventes, o regime de bens a reger a união estável será o da comunhão parcial de bens.

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 616.

¹⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 615.

¹⁰⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 70.

sumário

No Código Civil, está expresso que a união estável se caracteriza em uma comunhão parcial de bens, conforme dispõe o art. 1.725: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

In verbis, a previsão do Art. 1.640 do CC: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial [...]”.

Ou seja, para o casal silente no tocante à escolha do regime, isto é, não se manifestando quanto ao contrato de convivência, será adotado, obrigatoriamente, o regime da comunhão parcial de bens. “Os bens adquiridos na constância da união estável serão considerados “bens comuns”, pois obtidos do esforço comum dos conviventes, de modo que, havendo a dissolução da união estável, serão partidos pela metade em favor de ambos”¹⁰⁷.

No tocante aos bens adquiridos anteriormente à constituição da união estável, ou obtidos por herança, sub-rogação ou doação, serão seguidas as regras previstas nos art. 1.659, *caput* e incisos, e art. 1.661, ambos do Código Civil, que disciplinam:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 618.

sumário

semelhantes. [...] Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento¹⁰⁸.

A mudança corrida no ordenamento jurídico pátrio, com o advento do Código Civil vigente, foi essencial no tocante à união estável sob a égide do Direito Sucessório, visto que o companheiro, a princípio, não possuía os mesmos bens que o cônjuge. “Antes da vigência do Código Civil de 2002, a companheira era considerada concubina e seu tratamento era muito inferior se comparado ao atual”¹⁰⁹.

Já o vigente Código Civil, em seu art. 1.790, conferiu ao companheiro sobrevivente a paridade na concorrência referente ao patrimônio e ao direito de propriedade sobre os bens do *de cujus*.

Aqui, reside a importância do contrato de convivência, pois, assim como no casamento, é lícito aos companheiros escolherem o regime de bens dentre aqueles existentes, bem como mesclar as regras dos regimes existentes (regime híbrido), ou ainda criar um regime de bens, desde que não ofenda a ordem pública e os bons costumes.

Ocorrendo o casamento em determinadas condições, o legislador impôs que deverá ser adotado o regime da separação obrigatória (art. 1.641, do CC¹¹⁰). No tocante às uniões estáveis em que um dos companheiros for maior de 70 anos, por analogia ao artigo supracitado, o STJ sedimentou que o regime adotado será o da separação obrigatória¹¹¹.

À semelhança do casamento, o ordenamento pátrio também regulou os deveres de ambos os conviventes na união estável,

¹⁰⁸ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁰ CC/2002: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010); III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

¹¹¹ Cf. REsp 646.259/RS, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão; REsp 1.090.722/SP, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda.

sumário

elencando, no artigo 1.724 do Código Civil, os deveres de lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos.

Gonçalves comenta que, no que concerne à durabilidade da relação, até o ano de 1996, eram necessários cinco anos para que se tornassem válidos os direitos resultantes da união estável, segundo a legislação à época, tais como o pedido de alimentos e herança, com exceção da existência de filhos. A Lei n. 9.278, de 1996, não trouxe períodos fixos como requisito para a caracterização da durabilidade da união estável¹¹².

Segundo o autor, não foi estabelecido, no Código Civil vigente, um período mínimo de duração para que seja reconhecido um cenário de união estável, “bastando o preenchimento dos outros requisitos e que o relacionamento demonstre continuidade, o que varia conforme as peculiaridades de cada caso”.

É necessária que a união estável seja duradoura, contínua, frequente, para que não seja caracterizada como um relacionamento eventual. A sequência é prova da solidez, de que o relacionamento é fixo. A relação fica instável quando há interrupção, habitual ou eventual, o que conduz ao risco do equilíbrio da união e dificulta a constatação “do ânimo de *estar unido*”, aduz Gonçalves.

Leciona também Gonçalves que a união estável é de cunho monogâmico, ou seja, é proibida a união estável entre pessoas solteiras e casadas. Neste sentido: “Não se admite que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir união estável, nem que aquela que convive com um companheiro venha a constituir outra união estável”¹¹³.

Também como resultado social decorrente do reconhecimento da união estável, o estado civil da pessoa não se altera como ocorre no casamento, além de ser possível acrescentar o nome do companheiro

¹¹² GONÇALVES, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 618.

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 624.

sumário

ou companheira, de acordo com o parágrafo primeiro, do art. 1.565, do Código Civil, “no qual, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 1.306.196/MG”¹¹⁴.

Narra o autor que, em caso de união estável, os conviventes possuem direitos de alimentos, de meação, de acordo com o regime de bens escolhido. No caso de morte, caberá ao sobrevivente o direito à herança, “sendo assim, de forma analógica utiliza-se o artigo 1.829 do Código Civil”.

Devido às nuances do contrato de convivência para uma regulamentação bem arranjada da união estável, é mais acertado optar pela forma pública, uma vez que, dentre as competências do tabelião de notas, profissional do Direito, aprovado em concurso público de provas e títulos e dotado de fé pública, extrai-se do artigo 6º, II, da Lei 8.935/94, que “intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo”.

Ademais, a função do tabelião é prevenir litígios, razão pela qual devem agir com prudência, cautela, alertando os interessados dos riscos advindos do negócio jurídico celebrado, dando tratamento isonômico às partes, agindo com imparcialidade. Por sinal, é bem comum a atuação do notário como um verdadeiro conselheiro, em função da estreita relação com os usuários e da sutileza com que soluciona problemas de ordem familiar, financeira e moral.

Destaca-se ainda que, embora a legislação brasileira não preveja que a constituição ou dissolução da união estável deva ser feita por escritura pública, o provimento nº 37/2014, do Conselho Nacional de

¹¹⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <http://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Direito-de-Fam%C3%ADlia-Rolf-Madaleno-2018.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2021.

sumário

Justiça, ao admitir o registro da união estável no Livro “E”, pelo Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede, ou, onde houver, no 1º Subdistrito da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio, exigiu para o registro a apresentação de “sentença declaratória de reconhecimento e dissolução, ou extinção, bem como da escritura pública de contrato e distrato envolvendo união estável”.

Breves apontamentos sobre a união estável em Portugal

Coelho e Oliveira¹¹⁵ narram que, em Portugal, as Leis 23/2010 e 2/2016 anunciam, em seus art. 1º, nº 2, que a união de fato (protegida) “é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.

Os autores analisam a visão que a lei apresenta, e explicam que as pessoas vivem “em comunhão de leito, mesa e habitação (*tori, mensae et habitationis*), como se fossem casadas, apenas com a diferença de que não o são, pois não estão ligadas pelo vínculo formal do casamento”.

No Código Civil português, o art. 1.672 prevê: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência”. No entanto, as leis acima mencionadas não têm “um preceito correspondente a este”, dissertando que os deveres dos membros da união estável não estão sujeitos à vinculação recíproca entre os cônjuges.

Mas, assevera Pinheiro que é natural que os membros da união, de fato, estejam comprometidos ao dever geral de respeito, “que é mais intenso sempre que existe uma relação de intimidade, proximidade ou dependência entre as pessoas”. No entanto, “a fidelidade, a coabitação, a cooperação e a assistência são, quando

¹¹⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *op. cit.*, p. 582.

sumário

muito, deveres morais ou éticos dos membros da união de fato, concluindo que, em comparação com o casamento, a eficácia civil da união de fato protegida é muito escassa”¹¹⁶.

Cumpre, ainda, ressaltar que o ordenamento português não prevê que os conviventes acrescentem ao seu o sobrenome do outro. A LUF, como é chamada, também impede que sejam atribuídos direitos, seja em vida ou por sucessão, às uniões de fato quando o casamento não foi dissolvido. Diferentemente do Brasil, Portugal não admite a união estável quando um dos companheiros ainda estiver casado, mesmo que separado de fato¹¹⁷.

CASAMENTO E PACTO ANTENUPCIAL

Quando falamos de casamento, o nosso subconsciente já nos remete ao som da marcha nupcial, que marcou os casamentos reais. É fato que a sociedade evoluiu, também é verdade que o Direito de Família e sucessões têm sofrido constantes mudanças na tentativa de acompanhar os anseios sociais. Há uma tendência do ordenamento jurídico brasileiro em privilegiar a sociedade do afeto¹¹⁸, já se admite o casamento e as uniões estáveis homoafetivas, existindo ainda o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva, como também já existem julgados que admitiram a sucessão entre esposa e companheira decorrente de relacionamentos paralelos, quando a primeira tinha conhecimento que o marido mantinha relação extra-conjugal com a segunda. Estaríamos diante de relações poliafetivas?

¹¹⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 661.

¹¹⁷ VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 300-302.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 476.

sumário

Diferente da união estável, que se traduz numa situação fática, o casamento é negócio jurídico, formal e solene, que respeita procedimentos e requisitos próprios. Para o mundo jurídico, o casamento é o civil¹¹⁹. Aqui, os nubentes habilitam-se perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do domicílio de um deles, pessoalmente ou representados por procurador, juntamente com duas testemunhas, que atestam conhecê-los, e declaram não haver entre os nubentes qualquer impedimento que os iniba de casar-se. Há a publicação de editais, celebração, concluindo-se o procedimento com o registro do casamento.

Durante o processo de habilitação, os noivos escolhem o regime de bens. Essa escolha é de suma importância, pois a opção feita pelo casal definirá o regime matrimonial que vigorará entre eles a partir da data do casamento, e regulará todos os aspectos econômicos resultantes deste¹²⁰. Em decorrência da evolução da sociedade e a partir da verificação de uma maior intimidade entre os casais, falar e convencionar sobre os bens deixou de ser um tabu, e passou a ser tema obrigatório, sem que isso retirasse o romantismo do enlace.

Optando os nubentes em se casar por regime diverso do legal (comunhão parcial de bens), é imprescindível a formalização por meio de pacto antenupcial¹²¹. No mesmo sentido, se for realizada conversão da união estável em casamento.

¹¹⁹ CC/2002: “Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração”.

¹²⁰ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹²¹ CC/2002: “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”.

sumário

O pacto antenupcial: Definição e natureza jurídica

Zanella¹²² comenta que existem variados regimes de bens pré-determinados pela legislação disponíveis aos cônjuges, sendo que, caso optem por outras modalidades que não a da comunhão parcial de bens, determinada em lei, é indispensável que haja a composição do pacto antenupcial.

Declara Rizzardo:

A adoção do regime que não o legal [...] se faz através de um contrato, denominado “pacto antenupcial”. Corresponde esta figura à convenção solene, através de escritura pública, na qual declaram os cônjuges o regime que adotam, se diverso do legal, e as condições ou adendos que resolvem acrescentar¹²³.

Esclarece Diniz¹²⁴ que se trata de negócio facultativo, devendo ocorrer somente quando se escolhe “o regime da separação, comunhão universal ou participação final nos aquestos, ou ainda, modalidade diversa que mescla estes modelos ou dispõe de regras integralmente elaboradas pelo casal”.

O pacto antenupcial é figura conhecida no direito luso-brasileiro, sendo que os casais o têm empregado desde as Ordenações Afonsinas. Mesmo este ordenamento não o trazendo expresso, apresentou vários exemplos utilizados na prática desde que foi promulgado, em 1.446, em Portugal, anuncia Biazzi¹²⁵.

¹²² ZANELLA, Alessandra Tayná Rizzotto. Limites e possibilidades na contratação do pacto antenupcial. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2019, p. 35.

¹²³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 576.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena de. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5, Direito de Família, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 178.

¹²⁵ BIAZZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da Teoria do Negócio Jurídico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 2, n. 1, pp. 229-264, 2016.

sumário

Segundo o autor, com a clara preocupação dos legisladores em divulgar os princípios da diversidade de regimes e liberdade de contratação pelos casais, as legislações posteriores seguiram as Ordenações Manuelinas e Filipinas na regularização do pacto antenupcial.

O Código Civil de 1916 passou por numerosas discussões sobre a sua redação original, tanto na Câmara quanto no Senado da República, onde, após severas críticas e alterações significativas, foi sancionado, atendendo parcialmente à redação de Beviláqua. Leciona Cardoso que alterações substanciais foram adicionadas ao texto inicial, lavrado pelo jurista, no que se relaciona ao pacto antenupcial:

[...] a possibilidade de regime de bens misto ao casamento, se previsto em pacto antenupcial (art. 298); a nulidade do instrumento, se ausente sua celebração por instrumento público (art. 299) e a vedação de convenções nupciais que alterassem a ordem legal sucessória, ou aquelas que restringissem os direitos do chefe de família e por fim, eventual convenção que impedisse a mulher de exercer a renúncia à comunhão de bens (art. 300)¹²⁶.

Na explicação de Gaspar, o pacto antenupcial é relevante, se tratando de um contrato que o casal firma, antes do casamento, no qual constam as regras que vigorarão acerca do regime de bens durante o matrimônio, “bem como acerca de questões extrapatrimoniais”. Os termos da relação que se formará poderão ser livremente tratados através do contrato pré-nupcial, de acordo com os seus exclusivos interesses, e “respeitados os limites da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os cônjuges”¹²⁷.

Segue a autora apontando ser desnecessária legalmente a adoção do pacto antenupcial caso o casal tenha escolhido o regime

¹²⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. 2009. 304 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 105.

¹²⁷ GASPAR, Lilian Regina Ioti Henrique. *O pacto antenupcial como instrumento de proteção empresarial*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/343504/o-pacto-antenupcial-como-instrumento-de-protacao-empresarial>. Acesso em 11 mai. 2021.

sumário

de bens, “como o da comunhão parcial (regime legal) ou nos casos de separação obrigatória de bens, por se tratar de uma imposição legal”.

Dentre as situações que envolvem a contratação do pacto antenupcial, se encontra a obrigatoriedade de que seja “formalizado por meio de escritura pública, lavrada em Cartório de Notas, e apresentado no momento do casamento no Cartório de Registro Civil”, isto porque sua existência deve constar na certidão de casamento, do contrário, não será válido. E se o casamento não se realizar, este pacto não terá eficácia¹²⁸.

No que concerne às questões patrimoniais, podem fazer parte do conteúdo do pacto antenupcial, além da escolha do regime de bens, dentre quaisquer um dos acautelados pelo ordenamento jurídico pátrio, qualquer outra questão relacionada ao patrimônio.

Não contrariando o ordenamento jurídico, as previsões do contrato antenupcial, firmado com as necessárias formalidades, podem conter variadas disposições de caráter existencial. Assim, em seu conteúdo extrapatrimonial, o pacto pode prever, além de normas de convivência, de planejamento familiar, até a fixação de alimentos em favor de uma das partes.

O art. 1.639 do Código Civil pátrio dispõe que é: “lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Isto significa que o casal tem “o direito de eleger o regramento norteador das relações econômicas que afloram da comunhão de vida”¹²⁹.

Mesmo regulando os aspectos do pacto antenupcial, não há um conceito deste pacto no Código Civil, sendo este encontrado na doutrina. Depreende-se com Farias e Rosenvald que o pacto antenup-

¹²⁸ GASPAR, Lilian Regina Ioti Henrique, *op. cit.*, p. 1.

¹²⁹ FARIAS, ROSENVALD. CHAVES, Cristiano Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. Volume 6, Cristiano Chaves de Farias; – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 315.

sumário

cial pode ser conceituado como um “[...] negócio jurídico de conteúdo patrimonial, através do qual se estipulam, além de acordo de gestão patrimonial, outras cláusulas de cunho econômico, regulamentando a circulação de riquezas entre o casal e deles em face de terceiros”¹³⁰.

Já em relação à natureza jurídica deste instituto, Biazzi declara a uniformidade no entendimento da doutrina, que compreende ser esta natureza de negócio jurídico, definindo-o como um “[...] fato jurídico cujo elemento nuclear do seu suporte fático consiste na manifestação de vontade destinada a mensurar o surgimento, permanência e intensidade de determinadas relações jurídicas”¹³¹.

Cardoso aponta que a doutrina brasileira diverge no entendimento acerca da possibilidade, ou não, de que no conteúdo dos pactos antenupciais constem temas que não sejam patrimoniais, ou que “passarão a produzir efeitos quando do rompimento da união matrimonial, como é o caso dos alimentos”¹³².

O pacto antenupcial no Direito Comparado

Narra Rodrigues que a liberdade ampla conferida ao casal que celebra o pacto antenupcial, na escolha do regime de bens a ser contratado, no Brasil, se assemelha ao direito português, onde “as convenções antenupciais não são mais do que acordos celebrados entre os futuros cônjuges, previamente à celebração do casamento, atinente à estipulação do regime de bens matrimonial”¹³³.

¹³⁰ FARIAS, ROSENVALD. Cristiano Chaves, Nelson, *op. cit.*, p. 354.

¹³¹ BIAZZI, João Pedro de Oliveira de, *op. cit.*, p. 240.

¹³² CARDOSO, Fabiana Domingues, *op. cit.*, p. 304.

¹³³ RODRIGUES, Ana Isabel Martins. *Da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens legalmente fixado*. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017, p. 21.

sumário

O conceito apresentado por Pereira Coelho e Oliveira, acerca da figura em comento, é de que: “a convenção antenupcial é um contrato acessório do casamento, cuja existência e validade supõe, podendo dizer-se que o casamento – a ulterior celebração de um casamento válido entre os nubentes – é uma condição legal de eficácia da convenção antenupcial”¹³⁴.

Afirma Mota que são duas as matrizes nas quais o regime jurídico deste contrato antenupcial se assenta, e que “mutuamente se limitam e condicionam: por um lado uma ampla liberdade contratual, característica do direito dos contratos, consagrada no art. 405 do CC, e, por outro, as limitações específicas fruto da imposição de determinado regime de bens (Art. 1.720) e do disposto nos artigos 1.699 e 1.718”¹³⁵.

Insta apontar que, no Código Civil português, há a regra da imutabilidade, prevista no art. 1.714, que assim dispõe: “fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados”. Ou seja, esta imutabilidade abrangia não só a convenção antenupcial e, assim sendo, o regime de bens ali convencionado, como também “o regime de bens supletivamente estabelecido por lei e, por maioria de razão, o regime de bens imperativamente imposto”¹³⁶.

Informa Santana que, no Direito Italiano, há restrição na capacidade dos casais, com a exigência de que a promessa seja por escrito, além de limitar “o ressarcimento aos danos ocasionados por gastos e obrigações contraídas dentro de limites razoáveis, segundo a condição de cada parte”¹³⁷.

¹³⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I. 5ª Ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 580.

¹³⁵ MOTA, HELENA. *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, 1ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 79.

¹³⁶ RODRIGUES, Ana Isabel Martins, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁷ SANTANA, Klesleyanne Mellemborg Bueno, *op. cit.*, p. 13.

sumário

Narra ainda a autora que, em muitos países, ainda é declaradamente proibida qualquer indenização decorrente da ruptura do pacto antenupcial, como nos casos dos Códigos da Colômbia e do Uruguai. E, como tem aumentado sobremaneira os processos referentes às separações, anualmente, várias nações têm buscado regulamentar o assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O casamento é celebrado desde o início da história narrada da humanidade. E, nas diferentes épocas, emanaram efeitos pessoais, sociais e patrimoniais. O desenvolvimento natural da sociedade foi levando as mudanças que ocorreram ao longo da história. A consequência é que os ordenamentos jurídicos se atentaram à necessidade de se conceber meios de amparar os interesses dos casais, notadamente no que se refere aos bens patrimoniais.

Nesta seara, surgiram os regimes de bens, com regulamentações que tratam das relações econômicas entre os casais. O legislador brasileiro, objetivando possibilitar aos casais o exercício da autonomia privada a eles garantida, estabeleceu instrumentos denominados como contratos pré-nupciais, através dos quais os casais podem, além de escolher o regime de bens que lhes for mais adequado, combinar, conforme a adequação, as regras das modalidades disponíveis, ou mesmo criar as suas próprias regras.

O *animus* que diferencia os distintos contratos pré-nupciais é a vontade de constituir família, e ausência de contornos mais nítidos da configuração de união estável, bem como ausência legislativa do contrato de namoro, que faz com que aquela entidade familiar e o namoro despontem separados por uma linha praticamente ínfima.

sumário

Assim como todos os outros ramos do Direito, o Direito de Família deve ser dinâmico, atualizando-se constantemente, visando acompanhar as transformações das relações familiares contemporâneas. Uma característica da pós-modernidade é a fluidez das relações, que resultam do anseio da sociedade pela liberdade de poder determinar, manter ou desfazer relações, seguindo-se a própria vontade.

No tocante aos regimes de bens, tema bastante discutido pelos doutrinadores, a regulamentação dos contratos pré-nupciais se encontra bem definida no ordenamento civil pátrio, com exceção do contrato de namoro, quanto aos efeitos, restrições e possibilidades. Contudo, o mesmo não ocorre com o pacto antenupcial.

A permissão do casal em estipular as regras para seus bens patrimoniais se encontra disposta no artigo 1.639, permitindo que estes possam celebrar, antes do casamento, em relação aos seus bens, o que lhes aprouver. Desta forma, a autonomia privada é garantida pelo ordenamento jurídico, permitindo que os casais possam controlar o seu patrimônio, de acordo com seus melhores interesses.

Os contratos pré-nupciais, nas modalidades de contrato de namoro, convivência e pacto antenupcial, visam à regulamentação das relações patrimoniais. A ideia não é criar mecanismos na tentativa de burlar a lei. Nesse contexto, observa-se claramente que o intuito dos contratos pré-nupciais é garantir o princípio da igualdade material, “tratar igualmente os iguais e tratar os desiguais de forma desigual, na medida das suas desigualdades”.

Com isso, não se pretende incentivar a elaboração de contratos com o intuito fraudulento de afastar o reconhecimento de entidade familiar, em prejuízo de um dos pares, mas sim validar situações que podem acarretar grande injustiça. É dar aval à situação declarada naquele momento, em decorrência da efemeridade dos relacionamentos atuais.

sumário

Há unanimidade na doutrina no que se refere ao exercício da autonomia privada, de maneira que as cláusulas pactuadas devem respeitar, além da ordem pública, também a função social dos contratos e da propriedade, e os bons costumes e a boa-fé.

Por fim, destaca-se que os contratos pré-nupciais, mesmo com as dificuldades e falhas apresentadas, ainda são importantes nos países que os autorizam. Conclui-se que se trata de institutos que, mais do que um meio de escolha de regime de bens, são eficazes instrumentos na prevenção de conflitos familiares, mesmo que resultem em consequências que vão além do material, pois também geram prejuízos psicológicos aos casais e aos envolvidos. Com vistas a atenuar esses prejuízos, recomenda-se que os contratos pré-nupciais (contrato de namoro e contrato de convivência) sejam celebrados por escritura pública, ou seja, com a intervenção do tabelião de notas, seguindo a linha do pacto antenupcial.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda. Campinas, SP: Servanda, 2008.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da Teoria do Negócio Jurídico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 2, n. 1, pp. 229-264, 2016.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 maio. 2021.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. 2009. 304 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

sumário

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5ª Ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena de. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 5, Direito de Família, 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Rosenvald, CHAVES, Cristiano Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, volume 6, 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Direito civil: família e sucessões*. 2. ed. Bahia: JusPodivm. 2015.

FRANK, Felipe. *Autonomia sucessória e pacto antenupcial*: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. Tese. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017, p. 213.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de namoro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. Vol. VI: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONZALES, Fabiana Marques dos Reis. *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-Fé Objetiva*. Artigo científico. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

HOLLINGSWORTH, Gabrielle. *Cohabitation and property rights*. 2018. Disponível em: <<https://www.legalmatch.com/law-library/article/cohabitation-and-propertyrights.html>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

LANÇA, Hugo Cunha. Direito de Família. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n. 24, Porto, Portugal, 2014, pp. 179-232.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <http://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Direito-de-Fam%C3%ADlia-Rolf-Madaleno-2018.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2021.

MAIA, Enio da Silva. *Contrato de união estável e a (ir) retroatividade dos efeitos patrimoniais*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 abr. 2021. Disponível

sumário

em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48522/contrato-de-uniao-estavel-e-a-ir-retroatividade-dos-efeitos-patrimoniais>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 43 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOTA, HELENA. *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, 1ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva (a). *Instituições de direito civil – Vol. II*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PICKLER, Gabrielle Uliana Niehues. *Validade jurídica do contrato de namoro para a não caracterização de união estável*. Monografia. Universidade do Sul de Santa Catarina. 2018, p. 53.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 4. ed. Lisboa: AAFDL, 2015.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, n. 752, jun. 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Ana Isabel Martins. *Da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens legalmente fixado*. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. In *Revista de Informação Legislativa*, vol. 41, n. 163, Brasília, jul.-set. 2004, pp. 113-130. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>. Acesso em 09 mai. 2021.

ROMANELLI, Taís. *União estável: entenda seus direitos de forma fácil e descomplicada*. Dicas de Mulher. Publicado em 2018. Disponível em: <https://www.dicasdemulher.com.br/uniao-estavel/>. Acesso em 20/05/2021.

SANTANA, Klesleyanne Mellemberg Bueno. *Promessa esponsalícia e as consequências em caso de rompimento*. Revista Jus Brasil, abril de 2021. Disponível em <https://kles.jusbrasil.com.br/artigos/303302848/promessa-esponsalicia-e-as-consequencias-em-caso-de-rompimento>. Acesso em: 20/05/2021.

sumário

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5ª edição. São Paulo, Editora Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3 – Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 476.

VELOSO, Zeno. *Direito Civil: temas*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

VILLELA, João Batista. Repensando o Direito de Família. *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 23.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Porto: Resjuridica, 1991, pp. 125-128; 151-152.

VILLEY Michel (a). *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZANELLA, Alessandra Tayná Rizzotto. *Limites e possibilidades na contratação do pacto antenupcial*. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

4

Karen Vanderley Macedo

A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS

*MEDIATION
IN RESOLVING
CONTRACTUAL
CONFLICTS*

sumário

RESUMO:

O objetivo deste texto é abordar o instituto da mediação de conflito enquanto meio para solucionar conflitos de natureza contratuais, isso a partir do entendimento contido no Novo Código de Processo Civil (NCPC) brasileiro. Partindo dessa premissa, o presente instituto tem sido imprescindível enquanto meio para solucionar conflitos de natureza contratual, visando solucionar, de forma mais célere, a controvérsia contratual, para que sejam minimizados os riscos econômicos e perdas financeiras em decorrência da demora da prestação jurisdicional. Tal recurso tem sido cada vez mais utilizado como meio de resguardar o patrimônio e minimizar perdas.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução de Conflitos; Acesso à justiça; Mediação.

ABSTRACT:

The objective of this text is to approach the institute of conflict mediation as a means to resolve conflicts of a contractual nature, based on the understanding contained in the Brazilian New Code of Civil Procedure (NCPC). Based on this premise, this institute has been essential as a means to resolve conflicts of a contractual nature, aiming to resolve the contractual controversy more quickly so that the economic risks and financial losses resulting from the delay in the jurisdictional provision are minimized. This resource has been increasingly used as a means of safeguarding assets and minimizing losses.

KEYWORDS: Conflict Resolution; Access to justice; Mediation.

sumário

INTRODUÇÃO

A excessiva judicialização dos conflitos tem sobrecarregado o Poder Judiciário, mostrando que o aparelho judicial não correspondeu às expectativas sociais, e não oferece soluções ágeis para a resolução dos processos encaminhados para tratamento, o que obriga o Judiciário a criar formas alternativas de resolução de conflitos¹³⁸.

Por outro lado, com o crescimento das ações judiciais, e tendo em conta que o Estado exerce a sua autoridade na resolução de litígios, retirando às partes o poder de decisão, colocando um terceiro, neste caso um Magistrado, a aplicar uma decisão imposta em ambas as partes, constatou-se a necessidade de prever mecanismos que possibilitem que as partes sejam ouvidas a seu modo, contando com um terceiro (mediador) que atue com imparcialidade, e ajude as partes na resolução do conflito.

De acordo com Pinho¹³⁹, na mediação, três requisitos são necessários, a saber: “a existência de partes em conflito, um claro contraste de interesses e um terceiro neutro capaz de facilitar a busca de um acordo, denominado mediador”. Ao contrário do processo judicial, com este método, o que se busca não é a vitória de apenas uma das partes envolvidas, mas o restabelecimento do diálogo, da comunicação, para restaurar a harmonia, e ressurgir a tranquilidade e a paz social.

Há a constatação da eficácia dos métodos de resolução de disputas em outros países, e principalmente da mediação, razão pela qual a regulamentação de tais métodos tem sido gradativamente implementada no campo do Judiciário, com o objetivo de dar uma forma mais eficaz de resposta à sociedade.

¹³⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Método, 2008.

¹³⁹ PINHO, H. D. B. Teoria da mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 241.

sumário

No Brasil, a regulamentação do método é mais recente. Em 2015, foi aprovada a Lei de Mediação nº 13.140, fortalecendo as práticas de autocomposição no campo jurídico brasileiro, também seguindo as inovações apresentadas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), métodos incluídos no capítulo auxiliar da justiça, demonstrando a importância de tais práticas para toda a sociedade brasileira, como um todo.

O objetivo deste texto é abordar o instituto da mediação de conflito enquanto meio para solucionar conflitos de natureza contratuais, isso a partir do entendimento contido no Novo Código de Processo Civil (NCPC) brasileiro. De forma geral, um Código de Processo Civil, de acordo com Beltrame¹⁴⁰, “reúne as normas do processo judicial civil a fim de resguardar situações jurídicas do homem em sociedade. Tais normas visam regulamentar o desencadear dos litígios, delimitando o que pode ser”, algo processualmente realizado no âmbito jurídico.

A institucionalização legal da mediação de conflitos, no Brasil, é produto de uma crise do judiciário brasileiro. Tal afirmação não apaga a historicidade deste instituto enquanto uma arquitetura construída a partir dos anseios sociais, porém, enfatiza que a sua legalização se deu, em especial, por conta da necessidade da ampliação do acesso à justiça. Com isso, antes de adentrar no núcleo duro da mediação de conflitos, enquanto arranjo legal, faz-se necessário compreender o seu processo de institucionalização no regimento judicial brasileiro, em particular no Novo Código de Processo Civil, celebrado pela Lei nº 13.105, de 2015.

A partir do advento legal, em particular, do Parágrafo Único do Art. 1.º da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015¹⁴¹, a mediação pode ser compreendida como uma “atividade técnica exercida por

¹⁴⁰ BELTRAME, Renan. Novo Código de Processo Civil: histórico, pontos fundamentais e mudanças, 2019. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 05 mai.2021.

¹⁴¹ BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

sumário

terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Em relação à referida lei, a partir do texto do seu Art. 1.º, ela “dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

O conceito apresentado pelo Estado brasileiro, via artifício legal, como foi frisado no parágrafo anterior, vai de encontro com a concepção elaborada por um setor representativo das instituições de mediação de conflito no Brasil, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA). De acordo com o CONIMA:

[...] a Mediação é um Processo não-adversarial e voluntário de resolução de controvérsias por intermédio do qual duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual que possibilite preservar o relacionamento entre elas. Para isso, recorrem a um terceiro facilitador, o Mediador-especialista imparcial, competente, diligente, com credibilidade e comprometido com o sigilo; que estimule, viabilize a comunicação e auxilie na busca da identificação dos reais interesses envolvidos¹⁴².

A partir das concepções de mediação, tanto a fornecida pela Lei n.º 12.140/2015 quanto pelo CONIMA, verifica-se que uma função processual da mediação é solucionar conflitos, isto é, possibilitar aos cidadãos o acesso à justiça. Sobre o acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁴³ entendem que é o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou decidir seus litígios sob a tutela do Estado. Ainda de acordo com os autores, em primeiro lugar, o acesso à justiça deve ser igual a todos. Em segundo lugar, deve produzir resultados que sejam individuais, e socialmente garantidos por lei.

¹⁴² CONIMA. Regulamento Modelo Mediação, s.d. Disponível em: <<https://conima.org.br/mediacao/regulamento-modelo-mediacao/>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

sumário

Para que o objetivo do texto seja satisfeito, o artigo abordará, inicialmente, a concepção de acesso à justiça de Cappelletti e Garth¹⁴⁴. A ideia de abordar o acesso à justiça se dá a partir do conceito no qual existe a mediação e outros métodos alternativos de resolução de conflitos, tal qual a conciliação. São estes métodos compreendidos como meios de se acessar a justiça, em especial, no Brasil, a partir de um cenário de crise do Poder Judiciário. Em segundo lugar, faz-se necessário diferenciar mediação de conciliação, pois são dois termos bastante utilizados quando se aborda os meios alternativos de resolução de conflitos. Em terceiro lugar, abordar-se-á a mediação na sua forma institucionalizada, com base nos textos legais, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, e da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

Em quarto lugar, o foco se voltará para a legalidade dos meios alternativos de resolução de conflitos, aqui representados pela mediação e conciliação. Neste momento, a importância da mediação será abordada a partir dos dispositivos legais e, como tais dispositivos, podem se comportar nas relações contratuais judiciais, extrajudiciais, na administração pública e a partir do meio digital.

O texto não se limita apenas a apresentar a relação do instituto da mediação nos diversos âmbitos contratuais, mas faz uma análise a fundo da situação da mediação em cada um dos modos de se aplicar a mediação, a saber: a) judicial; b) extrajudicial; c) na administração pública; d) no meio digital. Aqui, a metodologia utilizada é a qualitativa, isso ao se utilizar a análise bibliográfica, de textos que tratem da temática. O uso da análise documental também se faz importante para compreender os avanços, ou não, da solução de conflitos contratuais por parte do instituto da mediação.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

sumário

GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acessar a justiça é um direito humano bastante investigado, em especial, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, o acesso à justiça ganhou bastante notoriedade e visibilidade a partir da pesquisa de autoria de Mauro Cappelletti e Bryan Garth. Esta seção visa abordar uma síntese do acesso à justiça, a partir dos autores citados, com a finalidade de se fazer um *link* com a mediação, enquanto acesso à justiça.

Cappelletti e Garth¹⁴⁵ apontam, basicamente, três obstáculos que dificultam o direito de se acessar a justiça: a) Obstáculos de ordem financeira, consistentes nos elevados custos dos procedimentos judiciais necessários à solução dos conflitos, assim como os honorários relativos à advocacia; b) Obstáculos de ordem tradicional, traduzidos na morosidade do Poder Judiciário, seja pela possibilidade de inúmeros recursos que o sistema processual permite, seja pela má administração, ausência de modernidade tecnológica e/ou falta de juízes e servidores; c) Obstáculos de ordem cultural, traduzidos na falta de confiança da população em relação ao Poder Judiciário, bem como na intimidação que o povo sente devido ao formalismo do Judiciário e dos advogados. Nota-se, neste sentido, que os entraves financeiros e a ordem cultural impedem o acesso formal ao Poder Judiciário, enquanto as barreiras da ordem tradicional impedem a população de obter os serviços de qualidade no âmbito jurisdicional.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁴⁶ apresentam possibilidades de soluções para garantir a efetividade do acesso à justiça, e cada movimento foi denominado por eles de “onda”. A primeira onda refere-se ao atendimento judiciário à população hipossuficiente, e, portanto,

¹⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁶ *Ibidem.*

sumário

está relacionada ao entrave de ordem financeira no acesso à justiça. A segunda onda objetivou superar os obstáculos de acesso à justiça em relação à representação dos direitos difusos e coletivos em juízo, como o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor, uma vez que a ação civil foi preparada para a tutela apenas no que diz respeito aos direitos individuais. E, por fim, há a terceira onda, denominada de “nova abordagem do acesso à justiça”, aquela que aponta no sentido de tornar a justiça acessível por meio da simplificação de procedimentos, e da criação de alternativas de justiça.

Cappelletti e Garth¹⁴⁷ esclarecem que a terceira onda:

[...] inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

No contexto da terceira onda de acesso à justiça, caracteriza-se como uma concepção de acesso a uma solução eficaz para o conflito com a implementação de formas alternativas de resolução de conflitos, a exemplo da mediação, que visa contribuir para a celeridade dos julgamentos, melhorar a qualidade das decisões, e, assim, aumentar a confiança da sociedade nas decisões jurídicas. A terceira onda, evidenciada por Cappelletti e Garth, visa superar os obstáculos identificados pelos autores na sua investigação.

Mesmo que de forma tardia, a concepção da terceira onda abrange o Estado brasileiro, em particular, na reforma que ocorreu no Código de Processo Civil, no ano de 2015, por meio da Lei n.º 13.140, de 25 de junho de 2015. Tal reformulação se deveu às crises constantes que assolam o judiciário, bem como os obstáculos apontados por Cappelletti e Garth. Surgem, assim, diversos métodos de resolução de conflitos que se somam ao modelo tradicional da sentença judicial, a exemplo da mediação e da conciliação.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 67-68.

sumário

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O uso excessivo de resolução judicial nos litígios brasileiros tem gerado a continuidade da cultura da sentença, na qual os indivíduos baseiam suas relações com os outros no binômio “vencedor-perdedor”, onde o primeiro predomina sobre o segundo. Como não dialogam, preferem apresentar o seu contencioso em juízo. Isso tem causado um importante atraso processual, tanto na audição e entrega das sentenças quanto na sua execução. Por este motivo, as iniciativas executivas implementadas, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e instrumentos legislativos, como o NCPC e a Lei da Mediação, visam promover a utilização e o acesso dos cidadãos a mecanismos de autocomposição de resolução de conflitos¹⁴⁸.

De partida, deve-se considerar que cada Estado tem suas próprias definições das instituições e categorias contempladas em seu ordenamento jurídico. Ao comparar os conceitos entre um país e outro, podemos encontrar semelhanças, e, também, diferenças. No Brasil, a mediação responde a um meio de solução de controvérsias, através do qual um terceiro imparcial intervém para facilitar o diálogo entre as partes, para que elas mesmas encontrem a solução para o problema levantado; enquanto, na conciliação, o terceiro pode atuar de forma mais ativa na busca de uma solução para o conflito.

O NCPC de 2015, que incentiva o uso desses mecanismos no curso de um processo judicial, também contém definições de conciliação e mediação. Assim, de acordo com o texto legal do artigo 165, § 2º e § 3º, o conciliador atua nos casos em que não haja vínculo prévio entre as partes; enquanto o mediador os ajuda a entender seus

¹⁴⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Método, 2008.

sumário

conflitos de interesses e a buscar uma solução, nos casos em que houve um vínculo prévio entre eles¹⁴⁹.

As matérias, que podem ser objeto de mediação, correspondem aos litígios que, nos termos do artigo 3º, § 1 e 2, da Lei da Mediação, dizem respeito a direitos disponíveis e - também - direitos indisponíveis, que podem ser objeto de transação. Este último caso se refere a esses direitos em que o proprietário não poderia, em princípio, prever, mas, em determinadas situações práticas, essa possibilidade poderia ser admitida, desde que não representasse um prejuízo. Nesse caso, o contrato de mediação deve ser aprovado pela autoridade judiciária competente e deve ter parecer do Ministério Público que o admite¹⁵⁰.

A MEDIAÇÃO BRASILEIRA: UMA INSTITUCIONALIZAÇÃO

Embora seja considerada nova na arena jurídica, a mediação não é uma invenção recente. As vantagens da mediação são laboriosamente propagadas, especialmente entre aqueles que a consideram uma ferramenta útil para atenuar a gravidade do problema do acesso à justiça. Os que advogam em favor da mediação enfatizam a sua capacidade de proporcionar às partes um maior controle sobre a resolução do conflito e de seu resultado, sem o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz escolhido aleatoriamente para resolver o conflito, o que, nesse cenário, é deixado de lado. Assim, as partes têm a capacidade de promover soluções criativas, que podem ser mais amplas e mais adequadas para resolver os problemas que estão por trás do conflito¹⁵¹.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. Revista FONAMEC. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 354-369, 2017.

sumário

É por isso que o resultado mediado é ainda mais valioso e significativo em disputas em que o relacionamento entre as partes é duradouro e permanente. A confidencialidade é outro fator importante, especialmente quando nos deparamos com questões mais delicadas, e como a mediação não significa o fim da jurisdição, se a mediação falhar, as partes não seriam impedidas de levar a um juiz o caso ainda em disputa, para que fosse julgado¹⁵².

Mediação não tem o mesmo significado para todos. Centralizando o conceito de mediação na figura do terceiro, muito se fala de seu importante papel de facilitar um acordo como especialista no assunto em disputa, ou ainda da tarefa que este terceiro imparcial tem de incitar as partes a uma reavaliação de suas respectivas posições, com maior precisão diante de um conflito, de forma a chegar a uma solução por seus próprios meios.

Dessa forma,

[...] entende-se a mediação como um processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual¹⁵³.

Em uma definição simples e direta, a mediação é um procedimento conhecido por dar aos disputantes a oportunidade de discutir e resolver seus próprios conflitos. O diálogo será conduzido por um mediador, que tem o papel de facilitar as negociações dos disputantes, esclarecendo a divergência e desenvolvendo um entendimento comum do problema, mas não para atribuir uma solução.

¹⁵² *Ibidem*; BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

¹⁵³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ibidem*, p. 369.

sumário

No entanto, a qualidade central da mediação é, na verdade, o aspecto comunicacional¹⁵⁴. O conflito se resolve por meio de uma prática discursiva, através do diálogo, e não da força coercitiva, segundo a ideia consensual regulatória, em que a legitimidade do desfecho encontra seu amparo no processo comunicativo que o originou. Tal afirmação se faz com um dos objetivos substantivos da mediação.

A ideia de Luis Alberto Warat¹⁵⁵, para quem o objetivo da mediação não era chegar a um acordo, mas sim acertar as pessoas e seus sentimentos, corrobora o objetivo substantivo da mediação. Só assim seria possível transformar e redimensionar os efeitos da situação conflituosa, acompanhando a premissa de que os conflitos nunca desaparecerão por completo, mas apenas se transformarão e necessitarão de gestão e monitoramento para mantê-los sob controle.

A mediação, na sua forma institucionalizada, é traduzida mais por seu conteúdo instrumental, em particular, por meio de uma celeridade aos processos, o que ataca a morosidade por um lado, e combate o acúmulo de processos por outro. A expressiva diferença entre o conteúdo substantivo e instrumental da mediação é o maior desafio a ser enfrentado em termos da qualidade da mediação judiciária. E, para enfrentá-lo, é imprescindível resgatar a lógica dos fundamentos da mediação, enunciados no conceito de Luis Alberto Warat¹⁵⁶, enquanto meio para se alcançar a felicidade.

Alcançar esta qualidade não significa ancorar o processo de mediação na submissão das partes à justiça processual, mas sim o contrário: “libertar-se das regras enfadonhas” para alcançar uma relação de respeito mútuo, com confiança e compreensão de que se

¹⁵⁴ GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 1, pp. 47-71, 2013.

¹⁵⁵ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

sumário

visa capacitá-los para atender contingências compartilhadas, sem o auxílio de prescrições formais previamente estabelecidas.

O arranjo legal da mediação é uma tendência óbvia. A introdução da mediação nos tribunais, e sua captura pela justiça processual, sugere fortemente uma parte importante de uma nova “onda de acesso à justiça” no processo civil. Mesmo a mediação se caracterizando com uma das formas de resolução de litígios que, em regra, surge extrajudicialmente, via serviços privados, por iniciativa das próprias partes, surge ainda devido às reformas no processo civil como forma legal¹⁵⁷.

ESPECTRO LEGAL

Conforme mencionamos no início deste trabalho, o CNJ editou a Resolução 125/2010, por meio da qual foi instituída a chamada Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos. Esta estimula o acesso dos cidadãos à resolução de conflitos através de mecanismos apropriados, de acordo com sua natureza e alcance (Artigo 1). Por isso, os órgãos judiciais devem agora oferecer às pessoas a possibilidade de mediar ou conciliar - além de uma assessoria adequada - antes de obter uma decisão judicial.

Para o cumprimento desta política, o CNJ organiza serviços gerais de mediação e conciliação judicial em todo o país; cria o sistema digital ou remoto de mediação e conciliação para ações pré-processuais; implementa um código de ética e cria um Registro Nacional de profissionais da conciliação e mediação de conflitos. Vamos ver os aspectos mais importantes do sistema abaixo.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

sumário

Judicial

Para as mediações e conciliações administradas pelos órgãos jurisdicionais, os tribunais criam Núcleos Permanentes de Métodos de Resolução Consensual de Conflitos (NUPEMEC), com o objetivo de desenvolver a citada Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, instituída pelo CNJ. Estes Núcleos têm o dever de promover a formação e atualização dos profissionais da conciliação e mediação, bem como de celebrar acordos com entidades públicas e privadas para promover a utilização destes mecanismos. Ressalte-se que o NUPEMEC é composto por juízes ativos e aposentados, além de funcionários judiciais, cada um deles possuindo um regulamento de funcionamento¹⁵⁸.

Além dos Núcleos, em cumprimento à Resolução 125/2010, os tribunais criaram os Centros Judiciários de solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS). Estes Centros estão encarregados de realizar sessões de conciliação e mediação, bem como aconselhar e orientar os cidadãos. Essas instituições são dirigidas por um juiz coordenador e outro suplente, que aprovam os acordos firmados pelas partes. É importante observar que os CEJUSCS administram principalmente conciliações e mediações pré-processuais, ou seja, aquelas realizadas antes do início do próprio processo judicial¹⁵⁹.

Agora, assim como os CEJUSCS administram conciliações e mediações pré-processuais, devemos observar que também existem conciliações e mediações processuais. De acordo com o artigo 334 do NCPC, o juiz deve convocar as partes para audiência de conciliação ou mediação, que é obrigatória, conforme o caso. A referida audiência

¹⁵⁸ CATOLINO, Bruno A. P. et al. *A Conciliação e Mediação nas Ações de Família: a importância da criação e implantação dos NUPEMEC'S e CEJUSC'S*. In: SMANIOTTO, M. A. Direitos Humanos e Diversidade. 2. Ponta Grossa: Atena Editora, 2019.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

sumário

é dirigida pelo conciliador ou pelo mediador, devidamente inscrito no Registro Nacional. No caso do mediador, a pessoa deve ser graduada em instituição de Ensino Superior reconhecida pelo Ministério da Educação, e ter obtido formação em instituição reconhecida pela Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), ou pelos tribunais (artigos 11 da Lei de Mediação e 165 e seguintes do NCPC)¹⁶⁰.

A conciliação ou mediação não deve exceder dois meses a partir da primeira audiência. As partes podem não querer resolver o seu litígio através destes métodos de autocomposição de conflitos, mas têm o dever de o declarar expressamente na calúnia da ação, no caso da autora; e, por requerimento escrito antes da audiência, no caso do réu. Caso contrário, as partes devem comparecer à audiência previamente agendada.

O não comparecimento injustificado à audiência é considerado ato que atenta contra a dignidade da justiça, e é punido com multa pecuniária (até 2% do valor da causa), paga a favor da República ou do Estado - como entidade política - territorial - em questão. O acordo alcançado pelos envolvidos, em decorrência de conciliação ou mediação, é aprovado pelo juiz da causa. Além disso, se eles não chegarem a um acordo nesta fase, também existem outras possibilidades de se obter um acordo consensual. Tal afirmação se deve ao fato de que o juiz pode, nas fases seguintes do julgamento, tentar a reconciliação das partes (artigo 359 do NCPC)¹⁶¹.

Vale destacar que, no final de 2018, o CNJ editou o Regulamento (nº 271/2018)¹⁶², pelo qual são fixados os honorários dos mediadores

¹⁶⁰ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05 maio 2021; BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

¹⁶¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

¹⁶² CNJ. Resolução 271, de 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_271_11122018_12122018115214.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2021.

sumário

e conciliadores judiciais. Isso tem sido feito com o objetivo de incentivar os profissionais a iniciarem a carreira como facilitadores da resolução de conflitos e, dependendo do grau e do nível de formação, a remuneração tende a ser mais elevada.

Considerando que já se passou quase uma década desde a promulgação da Resolução N°. 125/2010, e 5 anos após a promulgação do CPC e da Lei de Mediação, é importante rever as estatísticas fornecidas pelo CNJ sobre a implementação do sistema. De acordo com as publicações da Justiça em Números, já foram criados mais de 900 Centros de Justiça Estaduais, sendo o Estado paulista o ente político-territorial que mais tem SEJUSCS.

Diante dessas informações e da análise dos dados divulgados pelos Tribunais de Justiça (TJ), em especial o de São Paulo, é impressionante o número de conciliações e mediações pré-processuais. A título ilustrativo, o TJ do Estado de São Paulo informa que, no ano de 2019, de um total de 25.308 convocatórias, foram realizadas 16.931 audiências e celebrados 7.374 acordos, no valor total de R\$ 49.732.111,84¹⁶³.

Mesmo com esses dados, o panorama ainda indica que a cultura de judicialização de conflitos continua muito presente na sociedade brasileira. A afirmação é confirmada por outro estudo do próprio CNJ sobre avaliação empírica da conciliação e mediação no país. Este estudo revela que, devido ao elevado contencioso, a duração média de um processo judicial é de cerca de 2 a 8 anos, enquanto a tramitação dos processos, que termina com a aprovação de acordos (por conciliações e mediações judiciais) demora de 1 a 5 anos¹⁶⁴.

¹⁶³ TJSP. Estatística Geral - Semana Nacional da conciliação, 2019. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/Estatistica>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

¹⁶⁴ CNJ. Mediações e conciliações avaliadas empiricamente. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Justica-Pesquisa_Relatorio_ABJ_2020-08-21_1.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2021.

sumário

Se, na estrutura judicial (juízes e funcionários), os advogados em exercício e os próprios cidadãos tivessem mais conhecimento desses mecanismos, o número de litígios que podem terminar em solução amigável poderia aumentar consideravelmente, e em menos tempo. No entanto, o próprio estudo revela que apenas 30% dos entrevistados têm uma percepção positiva das mudanças legislativas implementadas desde 2010, e que quase 75% dos advogados não tiveram aulas ou matérias sobre esses mecanismos de solução de controvérsias¹⁶⁵.

Outro problema que também tem causado atrasos na implementação da mediação judicial é a preparação para a atuação dos mediadores, dos quais o CNJ exige formação prévia realizada por entidades previamente designadas pelo ENFAM. Essa preparação não está sendo uniforme no país, o que gera uma aplicação desigual da regulamentação e, até mesmo, demora na realização das audiências.

Todo esse panorama permite inferir, em primeiro lugar, que as autoridades brasileiras tiveram que promulgar novas regulamentações para melhorar os problemas que a própria reforma legislativa causou (Instrução CNJ 271/2018, por exemplo). Em segundo lugar, dada a falta de conhecimento dos advogados nesta matéria, é necessário ter disciplinas especiais no currículo de todas (ou da maioria) das faculdades de Direito do país, de forma a preparar novos profissionais que não conheçam apenas as normas processuais - essenciais para a prática do Direito - mas também as técnicas da mediação e da conciliação, como outras formas de resolver eventuais litígios. E, em terceiro lugar, toda esta situação permite-nos refletir que o sucesso de qualquer reforma jurídica, nesta matéria, e de forma a reduzir os níveis de contenciosos, consiste em socializar ainda mais estes mecanismos através de programas culturais para os cidadãos.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

sumário

Extrajudiciais

Resolver uma disputa por meio de mediação, antes do início do processo judicial, ou durante o seu início, não é a única opção que os envolvidos podem ter, de acordo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Tanto o NCPC quanto a lei especial na matéria contemplam a figura da mediação extrajudicial, ou seja, aquela atividade técnica realizada por um terceiro imparcial, que não faz parte do sistema de administração da justiça, ou do processo de arbitragem, por meio do qual se aproximam as partes, para que cheguem a uma solução consensual para o seu problema ou conflito¹⁶⁶.

A mediação é pautada pelos princípios da imparcialidade do mediador, para que haja um equilíbrio entre as partes, com oralidade e informalidade no processo, autonomia das partes, confidencialidade e boa-fé. Vejamos, a seguir, suas principais características¹⁶⁷:

- a. dos mediadores: de acordo com o artigo 9º e seguintes da Lei n. 13.140/2015, qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes pode ser habilitada para dirigir uma mediação, sem necessidade de fazer parte de um Registro (ao contrário dos mediadores judiciais);
- b. instituições de mediação: as mediações podem ser *ad hoc* ou administradas por instituições especializadas. Neste último caso, as chamadas câmaras privadas (ou centros de mediação) oferecem esse serviço, apesar de não estarem vinculadas ao Judiciário ou ao CNJ. Não obstante, o CPC exige o seu registro perante os tribunais e perante o CNJ

¹⁶⁶ BRASIL. Novo Código de Processo Civil, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.; BRASIL. Lei da Mediação, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

sumário

quando atuarem vinculados por meio de convênios com os referidos entes públicos para a realização de mediações pré-processuais, devendo seus mediadores estar devidamente capacitados segundo os critérios do ENFAM;

- c. procedimento de mediação: se não houver cláusula de mediação previamente celebrada entre as partes, nos termos da Lei, a mediação inicia-se com o convite de uma pessoa à outra, por qualquer meio de comunicação, indicando a data, o local e a hora da reunião. Decorrido o prazo de 30 dias sem que o hóspede tenha respondido, o pedido será considerado rejeitado. Embora a legislação não estabeleça prazo máximo para a realização de audiências, o ideal é que, aceito o convite, a mediação não ultrapasse três meses. Se for uma mediação institucional, dependerá do regulamento do centro ou da câmara de mediação, do procedimento a seguir. Da mesma forma, caso existam cláusulas de mediação contratual, estas devem estipular prazo mínimo e máximo para a realização da mediação, o local da primeira reunião, os critérios de escolha do mediador e a pena em caso de não comparecimento da parte convidada;
- d. O mérito executivo do acordo de mediação extrajudicial: o procedimento termina com a redação dos termos finais do acordo das partes. Também devem ser registrados os episódios em que o mediador declare não haver possibilidade de acordo ou manifestação das partes da inexistência de solução consensual para o problema (Artigo 20º da Lei n. 13.140/2015).

O contrato de mediação tem o caráter de título executivo extrajudicial, e, conforme o artigo 725º do NCPC, pode ter o caráter de ordem executiva judicial se aprovado pelo tribunal competente.

sumário

Cenário das mediações extrajudiciais

O Brasil é considerado um dos líderes em arbitragem comercial no mundo e, atualmente, faz parte do grupo dos seis países que mais utilizam os serviços de administração de arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC)¹⁶⁸. No âmbito nacional, existem diversas instituições especializadas na matéria que, além da arbitragem, também oferecem serviços de mediação. No entanto, ao contrário da arbitragem, os números publicados por essas entidades expressam que o número de mediações está aumentando, mas, ao mesmo tempo, para o nível do contencioso no país, continua baixo.

Nesse sentido, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo indica, em suas estatísticas, que, entre 2004 e 2018, realizaram-se 42 mediações¹⁶⁹. O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil - Canadá informa que administrou 49 mediações de 2006 a 2018¹⁷⁰. Devemos observar que também existem outras entidades privadas, em todo o país, que oferecem exclusivamente a administração de mediações extrajudiciais, mas nem todas publicam cifras oficiais para conhecer, mais detalhadamente, a sua experiência neste campo.

Foi indicado que, enquanto o tempo de espera para a realização de audiência de mediação judicial é de 45 a 60 dias, em centro privado especializado, essa audiência pode ocorrer em uma semana. Idealmente, as entidades responsáveis por cada Estado celebram acordos com entidades privadas devidamente credenciadas, para facilitar e aumentar o número de mediações judiciais.

¹⁶⁸ ICC. *ICC Dispute resolution 2019 statistics*. Disponível em: < https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2019statistics_icc_disputeresolution_901.pdf?m=11/24/2020%2011:42:12%20AM&_cldee=cm9iZXJ0YmFuZGVpcmFAaG90bWFPbC5jb20%3d&recipientid=contact-1c7aed88dfb9eb118236000d3ab64d19-991432161cf04489bbefe7695587341e&esid=919f1ff2-c66b-4559-943e-65b0c5487e83 >. Acesso em: 15 mai. 2021.

¹⁶⁹ CIESP/FIESP. *Estatísticas Câmara Arbitragem*. São Paulo, 2019. Disponível em: < <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/> >. Acesso em: 13 mai. 2021.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

sumário

O âmbito cartorial

Com o objetivo de promover ainda mais a política de acesso à justiça, por meio de mecanismos de solução consensual de disputas, em março de 2018, a Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) - órgão do CNJ responsável pela coordenação e execução das políticas públicas voltadas ao bom desempenho da atividade judiciária no país – foi expedido o ato administrativo (Provimento) nº 67, pelo qual se estabelecem os procedimentos de conciliação e mediação extrajudicial como serviços prestados aos cidadãos por notários e cartórios¹⁷¹.

A administração destes mecanismos de resolução consensual de conflitos fica ao critério das entidades cartoriais que, caso o decidam, devem cumprir as regras estabelecidas na Lei da Mediação e no referido Provimento. Nesse sentido, para iniciar as atividades, devem obter a autorização do NUPMEC e da Corregedoria Geral de Justiça do Estado onde se encontram. Todos os procedimentos são supervisionados pela CGJ e pelos juízes coordenadores do CJUSCS. Os funcionários encarregados de realizar as mediações ou, quando for o caso, as conciliações deverão estar devidamente autorizados e credenciados perante as autoridades mencionadas¹⁷².

No referido ato administrativo de efeitos gerais da CGJ, são estabelecidas as regras para a realização da mediação e da conciliação. O acordo, produto das sessões realizadas entre as partes, será arquivado em livro que, para o efeito, os notários e os autos guardam. Este instrumento público escrito tem caráter de título executivo extrajudicial, conforme o artigo 784 (IV) do NCPC¹⁷³.

¹⁷¹ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>>. Acesso em: 13 mai. 2021.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ BRASIL. Novo Código de Processo Civil, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

sumário

Mediação: o seu exercício na administração pública

Outra novidade da Lei da Mediação, também contida no NCPC de 2015, corresponde às mediações realizadas na esfera pública¹⁷⁴. Dessa forma, abre-se o sistema de solução de disputas multiportas para os órgãos e entidades da administração pública brasileira e, destes os de natureza autocompositiva. Para cumprir essa tarefa, a legislação permite que a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios criem câmaras especializadas de prevenção e resolução de conflitos (artigos 174 NCPC e 32 da Lei n. 13.140/2015). Cada uma das câmaras deve ter um regulamento de funcionamento de acordo com a entidade administrativa a que está vinculada.

Ressalte-se que as controvérsias, que assim podem ser resolvidas, correspondem às que envolvem interesse público, ou da administração pública, transferíveis ou disponíveis. A identificação dessas questões não é fácil para o operador jurídico, por se tratar de um conceito que vem sofrendo alterações ao longo da história administrativa daquele país e, em particular, após a promulgação da Constituição de 1988. Durante anos, considerou-se que, sendo o Estado titular e garantidor do interesse público, a sua disponibilização era impossível. Hoje essa posição foi modificada, uma vez que é possível negociar interesses considerados indisponíveis que admitem a possibilidade de conciliação e mediação¹⁷⁵.

Assim, a Lei da Mediação estabelece que as câmaras especializadas podem administrar as mediações relacionadas à prevenção de litígios atrelados ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos,

¹⁷⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > . Acesso em: 05 maio 2021.; BRASIL. Lei da Mediação, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm> . Acesso em: 05 maio 2021.

¹⁷⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. Revista FONAMEC. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 354-369, 2017.

sumário

celebrados entre pessoas de direito privado com a Administração, bem como com a resolução de litígios envolvendo a administração pública federal e entidades anexadas a ela. Tais controvérsias podem ser objeto de transação, desde que autorizadas pela Procuradoria Geral da União (AGU), considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou a aprovação da AGU, homologada pela Presidência da República. Este ato administrativo da AGU, que viabiliza a operação, tem efeitos gerais, e é aplicável a todos os casos semelhantes aos que foram levantados. Se os envolvidos chegarem a uma solução consensual, o contrato constituirá título executivo de natureza extrajudicial (art. 32, §3º da Lei n. 13.140/2015).

A Mediação e o meio digital

O uso da internet e as novas tecnologias aplicadas aos meios consensuais de resolução de conflitos também fazem parte das novas legislações promulgadas na década passada. De um lado, o CNJ - por meio da citada Resolução Nº. 125¹⁷⁶, ordenou a criação de uma página web especializada para divulgar as diretrizes para a formação dos profissionais da conciliação e da mediação de conflitos, o código de ética, os dados e informações de cada tribunal ou NUPEMEC sobre as atividades desenvolvidas pelos Centros, as boas práticas, projetos e ações sobre o assunto, bem como a divulgação de notícias e atualizações¹⁷⁷.

Por outro lado, e paralelamente a essa iniciativa, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a realização de mediações por meio eletrônico. Em termos gerais, isso significa que as ferramentas presenciais, que são utilizadas na resolução de conflitos de forma tradicional, po-

¹⁷⁶ CNJ. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf >. Acesso em: 15 mai. 2021.

¹⁷⁷ O referido site é: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portalda-conciliacao>. Acesso em: 15.mai.2021.

sumário

dem ser aplicadas por meio de novas tecnologias para permitir que os envolvidos cheguem a acordos à distância¹⁷⁸.

A previsão da Lei nº 11.419/200630 dá conta de regulamentar o acesso à justiça (especialmente aos tribunais) no formato eletrônico. Porém, para que essa acessibilidade se concretize, se fazem necessários equipamentos básicos: o computador, o telefone celular, o ipad, o tablet, dentre outros. Esses equipamentos, quando conectados à internet [...], são os meios que permitem acessar ou mesmo alcançar o mundo, de forma veloz, em centésimos/milésimos de segundos¹⁷⁹.

Assim, em juízo, nos termos do artigo 334 do NCPC, é possível que a mediação ou conciliação seja realizada por meio eletrônico. A Lei da Mediação, em seu artigo 46, sem distinguir o tipo de mediação, e a Resolução Nº. 125, no art. 18-A, permitem que a mediação seja realizada — com o consentimento das partes — pela internet, ou por outro meio de comunicação que permita transações remotas. O CNJ disponibiliza uma página especial na Internet com sistema para celebração de convênios pré-processuais entre consumidores, empresas e instituições financeiras. Esses acordos são aprovados pelo juiz competente¹⁸⁰.

O sistema em questão se chama Mediação Digital 2.0 e o site é: <https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital>. Nele, o interessado pode se cadastrar e explicar os detalhes do problema que está enfrentando. A outra parte tem 15 dias para responder ao pedido. Em seguida, ambas as partes devem analisar as propostas apresentadas e, se possível, definir os aspectos em que existem acordos. Graças ao princípio da liberdade, que auxilia neste mecanismo de resolução de disputas, nenhuma das partes é obrigada a chegar a um acordo. Se não houver

¹⁷⁸ SPENGLER, F. M.; PINHO, H. D. B. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 72, pp. 219-258, 2018.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 229-230.

¹⁸⁰ BRASIL. Novo Código do Processo Civil, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 05 maio 2021.; BRASIL. Lei da Mediação, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm >. Acesso em: 05 maio 2021.

sumário

consenso, eles podem tentar negociar novamente ou solicitar uma mediação presencial. Havendo acordo, ambas as partes assinam o documento online, e, para obter o mérito executivo, uma delas pode requerer a correspondente anuência de um juiz.

Por ser o Brasil um país com extensões continentais, a utilização digital da mediação de conflitos permitiria aos cidadãos o acesso à justiça, independentemente de onde estivessem. Atualmente, existe um número considerável de pessoas que não tem ligação à rede por falta de computador e falta de informação sobre o uso da Internet. Assim, não possuem acesso a este mecanismo de resolução de disputas. O desafio, para as autoridades, é fornecer aconselhamento adequado e conectividade com a Internet para os cidadãos¹⁸¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação e, em particular, a mediação, é uma realidade no contexto brasileiro, no que tange ao acesso à justiça. Tal realidade se faz a partir da normatização legal das NCPC e da Lei de Mediação, que estabelece, dentre outros requisitos, a função da mediação na solução de conflitos contratuais, seja a partir da lógica judicial ou da extrajudicial, no âmbito da administração pública e no meio digital.

Há vários anos, o Brasil vem desenvolvendo ações executivas, e promulgando instrumentos jurídicos para promover mecanismos de resolução de disputas, como mediação e conciliação. O esforço evidenciado na criação do sistema de mediação judicial - como os Núcleos e os Centros para atingir o objetivo declarado, é inquestionável.

¹⁸¹ SPENGLER, F. M.; PINHO, H. D. B., *Ibidem*.

sumário

Sem contar, ainda, com o trabalho que as câmaras privadas vêm realizando na administração das mediações extrajudiciais.

É fato que os desafios e as expectativas do sistema brasileiro de mediação judiciária ainda estão latentes. Assim como a cultura condenatória continua a persistir no seio da sociedade brasileira, conforme evidenciado nos próprios estudos do CNJ, o que constitui um verdadeiro desafio para os operadores judiciários. O desafio consiste não só em dar continuidade à política pública judicial na matéria, mas no entendimento de que a mudança de paradigma desta judicialização para uma cultura de paz responde também às ações de divulgação e aconselhamento do cidadão por parte dos Tribunais, centros e núcleos de mediação, entidades privadas especializadas e pelas universidades.

A divulgação se faz essencial, porém a criação de novos centros de mediação também se faz necessária para aproximar a sociedade dos meios de resolução de conflito. Como demonstrado ao longo do texto, mesmo com a persistência cultural do litígio, os processos solucionados via mediação se fazem mais céleres e satisfatórios para as partes. Assim, com um número maior de núcleos de mediação, as negociações contratuais podem encontrar soluções cada vez mais rápidas e satisfatórias para as partes.

REFERÊNCIAS

BELTRAME, Renan. Novo Código de Processo Civil: histórico, pontos fundamentais e mudanças, 2019. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 05.mai.2021.

BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05.maio.2021.

BRASIL. Lei da Mediação, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05.maio.2021.

sumário

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > . Acesso em: 05.mai.2021.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> . Acesso em: 05.mai.2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. Revista FONAMEC. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 354-369, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CATOLINO, Bruno A. P. et. al. A Conciliação e Mediação nas Ações de Família: a importância da criação e implantação dos NUPEMEC'S e CEJUSC'S. In. SMANIOTTO, M. A. Direitos Humanos e Diversidade. 2. Ponta Grossa: Atena Editora, 2019.

CIESP/FIESP. Estatísticas Câmara Arbitragem. São Paulo, 2019. Disponível em: < <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/> > . Acesso em: 13.mai.2021.

CNJ. Mediações e conciliações avaliadas empiricamente. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Justica-Pesquisa_Relatorio_ABJ_2020-08-21_1.pdf> . Acesso em: 11.mai.2021.

CNJ. Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf > . Acesso em: 15.mai.2021.

CNJ. Resolução 271 de 11 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_271_11122018_12122018115214.pdf> . Acesso em: 07.mai.2021.

CONIMA. Regulamento Modelo Mediação, s.d. Disponível em: <<https://conima.org.br/mediacao/regulamento-modelo-mediacao/>> . Acesso em: 05.mai.2021.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 18, n. 1, pp. 47-71, 2013.

ICC. ICC Dispute resolution 2019 statistics. Disponível em: < https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2019statistics_icc_

sumário

disputeresolution_901.pdf?m=11/24/2020%2011:42:12%20AM&_cldee=cm9iZXJ0YmFuZGVpcmlFAaG90bWFpbC5jb20%3d&recipientid=contact-1c7aed88dfb9eb118236000d3ab64d19-991432161cf04489bbefe7695587341e&esid=919f1ff2-c66b-4559-943e-65b0c5487e83>. Acesso em: 15.mai.2021.

PINHO, H. D. B. Teoria da mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 241.

TJSP. Estatística Geral - Semana Nacional da conciliação, 2019. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/Estatistica>>. Acesso em: 12.mai.2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

5

Lara Mariane Santos Araújo

OS DANOS MORAIS DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

*MORAL DAMAGES
ARISING FROM
CONTRACTUAL
INADIPLEMMENT*

sumário

RESUMO:

O presente artigo analisa a jurisprudência e doutrinas adotadas nos casos de danos morais nas relações de inadimplemento contratual. Objetiva-se compreender os trâmites no âmbito jurídico sobre a quantificação da indenização de forma devida (*quantum debeatur*) nos vínculos contratuais. Para tanto, definiu-se e caracterizou-se a revisão de conceitos fundamentais sobre a responsabilidade civil, os casos em que se permitem danos extrapatrimoniais, e quais os tipos de inadimplemento contratual. O presente estudo se fez relevante devido à observância de que não há critérios legais para a liquidação dessa indenização - apesar da existência de parâmetros legais que definam e estabeleçam a reparação por danos morais nas relações de falta de pagamento e/ou fornecimento de serviços estabelecidos em contratos - gerando, portanto, uma problematização devido aos magistrados não possuírem nenhuma regra uniforme, determinada e estabelecida, da qual se possa valer no momento de materializar a sentença indenizatória. Observou-se que, ao se demonstrar perturbações emocionais e psíquicas, em decorrência de fatos ou vícios relacionados a bens e serviços, principalmente atentando contra os direitos de personalidade, exsurge o direito à indenização respectiva.

PALAVRAS-CHAVES: Danos morais. Inadimplemento Contratual. *Quantum debeatur*.

ABSTRACT:

This article analyzes the jurisprudence and doctrines adopted in cases of moral damages in the contractual default relationships. The objective is to understand the legal procedures regarding the quantification of indemnity properly (quantum debeatur) in contractual bonds. To this end, it was defined and characterized the review of fundamental concepts about civil liability, the cases in which it allows off-balance sheet damages and what are the types of contractual default. The present study became relevant due to the observance that there are no legal criteria for the settlement of this indemnity - despite the existence of legal parameters that define and establish the compensation for moral damages in the relationships of non-payment and / or provision of services established in contracts - generating, therefore, a problematization due to the fact that the magistrates do not have any uniform, determined and established rules that they can use at the moment of materializing the indemnity sentence. It was observed that when emotional and psychic disturbances are demonstrated due to facts or vices related to goods and services, especially in violation of the consumer's personality rights, the right to the respective indemnity is exaggerated.

KEYWORDS: Moral damage. Contractual Default. Quantum debeatur.

sumário

INTRODUÇÃO

O artigo objetiva a análise das definições doutrinárias que encaaminharam a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca das especificidades dos danos morais em detrimento do inadimplemento contratual. Sabe-se que um dos maiores problemas relacionados aos casos de danos morais está relacionado à quantificação da indenização de forma devida (*quantum debeatur*) nos vínculos, embora isso esteja substancialmente assegurado perante a legislação brasileira.

Ainda que a constituição dos danos morais esteja, num primeiro momento, caracterizada pelo conceito de caráter subjetivo, apresentando como escopo reparar através da pecúnia um dano sofrido à honra, à intimidade, à tranquilidade de espírito, ou seja, a tudo que faça parte do patrimônio moral e afete a paz interior, causando dor e sofrimento ao indivíduo; por outro lado, encontra-se o conceito de caráter objetivo, que seriam os casos de dano causados à personalidade do sujeito social, decorrente de ações indevidas que lesem de alguma forma o contratante, como no caso da suspensão indevida do plano de saúde, por exemplo - no qual o dano está na própria ocorrência.

Em relação ao *quantum* indenizatório a ser fixado em decorrência dos danos morais, tópico de maior divergência, verifica-se que, ante a ausência de parâmetros legais que versem sobre o assunto, tal valor pecuniário deverá ser fixado pelo prudente arbítrio do magistrado, que deverá usar de pressupostos indispensáveis para que exista tal prudência, como a sua experiência, boa-fé, equidade, proporcionalidade e razoabilidade.

A metodologia utilizada neste estudo foi a de compilação ou bibliográfica, que consiste na exposição do pensamento de vários autores, sendo os mais relevantes Wilson Melo da Silva e José Geraldo Brito Filomeno. A referida metodologia propõe apresentar,

sumário

de maneira objetiva e didática, um panorama das várias posições adotadas pelas doutrinas, jurisprudências dos Tribunais Pátrios, assim como em artigos publicados na Internet, acerca dos danos morais nas relações de consumo e o seu *quantum* indenizatório.

O presente artigo está organizado em três capítulos, sendo que o primeiro trata dos danos morais, trazendo a sua conceituação, através do entendimento de diversos doutrinadores, suas origens históricas e a sua característica de instituto autônomo - consolidado com o advento da Constituição Federal de 1988. Ressaltando-se, por fim, os elementos necessários para a caracterização de tal espécie de dano.

O segundo trata das relações de inadimplemento contratual, da sua caracterização, dos seus sujeitos, e dos seus objetos. Observando-se que o papel dos operadores do Direito é de extrema importância para a regulação e equilíbrio do cumprimento contratual.

Por último, o terceiro capítulo trata da quantificação dos danos morais nas relações contratuais, sendo necessário, para tanto, o estudo acerca dos critérios estabelecidos em contratos de serviços entre as partes envolvidas. Levantaram-se, ainda, as principais causas ensejadoras de danos morais provenientes do inadimplemento contratual. Analisando-se, finalmente, como será a fixação do *quantum* indenizatório diante da ocorrência de um dano moral.

A presente pesquisa espera colaborar, ainda que de maneira modesta, para uma melhor compreensão da questão abordada, inclusive indicando observações doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de tentar contribuir para uma sociedade mais justa no contexto de danos morais.

sumário

DANO MORAL

O debate acerca do *quantum* indenizatório tem sido recorrente e intrigante em decorrência de um dano sofrido à moral. Acredita-se que tamanha discussão, apesar de tão antiga, jamais perderá o seu caráter conflituoso porque, indubitavelmente, há uma dificuldade muito grande em visar reparar algo que não tem valor econômico, visto que depende do caráter subjetivo de cada indivíduo.

Foi somente com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988 que se possibilitou falar em total aceitação da reparação em decorrência de um dano moral:

Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral (...) Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo (...) É de se acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e a lei ordinária aditar outros casos (...) Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988, o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz¹⁸².

A Carta Magna assegurou o direito à reparação por danos morais na parte que trata das garantias fundamentais, artigo 5º, incisos V e X, sendo, portanto, cláusula pétrea e, em decorrência disso, imutável¹⁸³. Conforme se vê:

¹⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p.66.

¹⁸³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1362.

sumário

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

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Após a inclusão, na Constituição Federal de 1988, da reparação por danos morais, várias foram as leis esparsas que surgiram referentes a essa espécie de dano. O novo Código Civil, por exemplo, identifica, em seus artigos 186¹⁸⁴ e 927¹⁸⁵, as noções exatas de dano moral e a forma de sua reparação.

Mister é a elucidação de Clayton Reis em relação aos demais códigos, que surgiram após o advento da Constituição Federal, e que tratam do tema em estudo:

Inúmeras legislações vêm sendo editadas no País, ampliando o leque de opções para a propositura de ações nessa área. É o caso do Código de Proteção ao Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990) que, em seu art. 6º, incisos VI e VII, admitiu a reparação de danos patrimoniais e morais. No mesmo sentido filiou-se a Lei 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e Adolescente), que em seu art. 17, combinado com o art. 201, V, VIII e IX, assegurou à criança e ao adolescente o direito à integridade física, psíquica e moral. Portanto, a partir do momento em que a lei assegura o direito a integridade física

¹⁸⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁸⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

sumário

e moral do menor, admite a reparação de eventual dano à sua imagem ou aos seus bens extrapatrimoniais¹⁸⁶.

A partir, então, do advento da Constituição Federal, ocorreu a adição em vários diplomas legais brasileiros, da possibilidade de reparação em virtude dos danos puramente morais, estabelecendo-se, definitivamente, e pode-se até dizer perenemente, no Direito Brasileiro, as regras relativas a tal modalidade de dano.

As questões sobre os danos morais vêm se consolidando, conforme o entendimento de Yussef Said Cahali, o qual assegura que o instituto da reparação por danos morais atinge atualmente a sua consagração e maturidade, extinguindo de vez aquelas ideias ultrapassadas dos juízes e doutrinadores em resistir à possibilidade da existência da reparação moral com base no disposto de que não há a possibilidade de compensação de uma dor moral em pecúnia. A dor moral não tem preço¹⁸⁷.

Para que haja uma melhor compreensão do que vem a ser o incontestável instituto do dano moral, é essencial que haja uma compreensão das terminologias dano e moral. Sérgio Sérulo da Cunha, em seu Dicionário Compacto de Direito, dispõe que dano é: “*resultado material ou pessoal de uma ofensa ou agressão, da perda, diminuição ou desvalorização de um bem*”¹⁸⁸. Observe-se que ele aponta não apenas a perda, mas também a desvalorização do bem.

Enquanto o dano está no universo dos bens, da ‘coisa’ adquirida, a moral faz parte do universo do caráter individual de cada um. Assim, Miguel Reale conceitua:

¹⁸⁶ Clayton Reis, 1995 apud CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Conforme o código civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 54.

¹⁸⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Conforme o código civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, pp. 19-20.

¹⁸⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário Compacto de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 80.

sumário

Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral explica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo, realiza o ato enunciado pela norma [...]¹⁸⁹.

Muitas são as discussões sobre qual seria a melhor definição para o instituto do dano moral, e inúmeros são os doutrinadores que o definem com o intuito de melhorar a compreensão, como se vê:

Dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasionar um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso¹⁹⁰.

Portanto, conforme o pensamento de Sílvio de Salvo Venosa, o dano moral, além de ser abrangente em relação aos aspectos atingidos do indivíduo, não possui uma regra geral pré-estabelecida para todos os que sofrem dano moral, já que ele coloca que o desconforto ou inconveniente vai ser examinado em cada caso, ou seja, é possível que uma agressão moral cause prejuízo a um indivíduo e a outro não, embora ambos tenham sofrido a mesma agressão. Percebe-se, portanto, que a reparação do dano moral deve se guiar de acordo com o sofrimento íntimo e individual de cada um¹⁹¹. Wilson Melo da Silva conceitua dano moral como:

Lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal,

¹⁸⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44.

¹⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. V. 4, p. 36.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 36-37.

sumário

em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico¹⁹².

Para Yussef Said Cahali, dano moral:

É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precioso na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.)¹⁹³.

Diante dos estudiosos citados, pode-se afirmar que dano moral tem como raiz os seguintes substantivos: perda, diminuição, prejuízo, privação, desconforto, inconveniência em relação ao indivíduo e punição em relação ao agente de ações que os cause.

O instituto do dano moral pode ser dividido em direto ou indireto. O direto refere-se, via de regra, a um prejuízo sofrido nos direitos da personalidade, tais como: a vida, integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos e a própria imagem. Nessa modalidade de dano moral, a lesão é extrapatrimonial. Já o dano moral indireto ocorre quando há uma lesão a bens jurídicos patrimoniais, entretanto refletindo na esfera patrimonial, em um primeiro momento, com o dano econômico, que, posteriormente, causará o moral, pois, na maioria das vezes, o bem que possuía certo valor econômico também dispunha de enorme valor sentimental¹⁹⁴.

¹⁹² SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1969, p. 13.

¹⁹³ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Conforme o código civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 22.

¹⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 3, p. 67.

sumário

Sem dúvida, um dos fatores de maior intrigância com relação ao instituto do dano extrapatrimonial é o referente à sua caracterização, pois muito corriqueira e frequente é a confusão feita entre o dano moral e os meros aborrecimentos do cotidiano, o que acontece bastante, já que, com a popularização da existência de uma indenização em decorrência de um dano causado à moral, inúmeras são as pessoas que confundem uma dor, uma injúria sofrida à honra, um abalo psicológico com algo que não tem muita relevância, que são apenas meras chateações¹⁹⁵.

Então, para que haja uma melhor identificação de tal instituto, é essencial que se tome por base o psíquico de uma pessoa 'normal', não podendo se espelhar em pessoas de extrema ou nenhuma sensibilidade¹⁹⁶.

Dos requisitos vistos acima quanto à caracterização do dano moral, o mais ressaltado pela doutrina é o referente ao nexo de causalidade ou liame de causalidade, que nada mais é do que o vínculo existente entre o prejuízo e a ação que o provocou. Tal relação de causalidade entre o ato culposo e o devido resultado danoso é essencial para que haja a devida reparação do dano, pois, se não for comprovada tal relação entre os fatos, não há que se falar em obrigação de reparar¹⁹⁷.

De acordo com o ilustre Sílvio de Salvo Venosa, nexo causal ou nexo etiológico ou relação de causalidade é: "*o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável*"¹⁹⁸.

Para Caio Mário da Silva Pereira *apud* Venosa, grande estudioso do dano moral, o que realmente se objetiva através do nexo causal:

¹⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 35-36.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 35-36.

¹⁹⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. V. 4, pp. 163-164.

¹⁹⁸ VENOSA, *op. cit.*, p. 39.

sumário

É estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir¹⁹⁹.

É de grande relevância lembrar que haverá casos específicos que não suportarão a existência do nexo de causalidade, em função de situações que impedem a sua concretização, que acontecerão quando: houver culpa exclusiva da vítima, por culpa concorrente da vítima e do agente, por culpa comum, por culpa de terceiro por força maior ou por caso fortuito²⁰⁰.

Como se vê, no Direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988, não mais se duvida da possibilidade de reparações por danos de origem puramente moral, o que restou, afinal, sedimentado, em virtude das disposições constantes do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, existindo os elementos necessários a caracterizá-los, como acima demonstrado.

DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Na investigação sobre a matéria da responsabilidade civil decorrente de rescisão contratual, causando dano moral, concebe-se como essencial a análise do tópico inexecução obrigacional doravante inadimplemento e/ou descumprimento contratual, ordenado pelos artigos 389 do Código Civil²⁰¹. Isso significa que qualquer pessoa,

¹⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. V. 4, p. 40, grifos do autor.

²⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. Rev. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002. V. 7, pp. 109-116.

²⁰¹ "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

sumário

ao infringir o respeito às regras estabelecidas em contrato, carece indenizar o credor com uma quantia referente aos danos sofridos por este, respeitadas algumas situações conforme se verá adiante.

O não cumprimento do estabelecido no contrato significa “o devedor não cumprir, voluntária ou involuntariamente, a prestação devida”²⁰². O descumprimento compreende duas causas: falta de quitação de cota e/ou fornecimento de serviço ao credor de forma incompleta. Assim:

[...] o devedor não está obrigado a cumprir somente a obrigação, mas também a cumpri-la diligentemente. Se a prestação é cumprida de maneira negligente e sem os cuidados necessários, enseja-se a reparação dos danos adicionais ou suplementares. Neste caso, a prestação não é impossível de ser realizada e os danos produzidos não se devem ao atraso no cumprimento, não podendo ser aplicados os princípios relativos à mora, deve ser o devedor responsabilizado pelas perdas e danos do cumprimento imperfeito²⁰³.

Nesse âmbito, a inexecução obrigacional, numa definição abrangente, estaria representada por duas situações: o atraso do pagamento e/ou pagamento incompleto, que seria a incompletude do acordo, a qual estaria resolvida caso fosse reestabelecido o cumprimento em tempo hábil ao credor; e a insolvência completa (quando não há condições de obedecer às regras contratuais).

Conforme o exposto pelo artigo 395, parágrafo único do Código Civil²⁰⁴, “responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

²⁰² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 274.

²⁰³ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, tomo I, trad. Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 362.

²⁰⁴ Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

sumário

O art. 421, do CC/2002, diz que “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais”, ou seja, ordena os modelos contratuais especificando os deveres e direitos dos contraentes baseado na estabilidade contratual, preservando a igualdade e integridade entre as partes envolvidas.

Para o jurista Guilherme Penã Moraes:

[...] a concepção tradicional do contrato é atualmente objeto de renovação, mediante a limitação da liberdade de contratar, caracterizada sob o ângulo quantitativo com o advento de novas categorias contratuais, como qualitativo pela ampliação do dirigismo contratual²⁰⁵.

O registro do contrato possibilita às duas partes interessadas maior seguridade caso surja algum contratempo entre as responsabilidades e obrigações assumidas pelos contratantes. Para que ocorra dano, nesses casos de responsabilidade contratual, torna-se essencial que uma das partes transgrida algum direito da outra parte credora.

No caso de responsabilidade extracontratual, por sua vez, disposta nos artigos 186²⁰⁶ e 927²⁰⁷, do Código Civil, fica exposto como fundamental que a vítima apresente fatos que comprovem o dano causado, que se evidencie o descumprimento das regras prescritas e a coerência para demonstrar o dano; enquanto que, na responsabilidade contratual, o contrato evidencia o que foi estabelecido pelas partes, determinando o papel de cada um no documento,

²⁰⁵ MORAES, Guilherme Penã de. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Ed. Lumens Juris, 2008, p. 100.

²⁰⁶ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁰⁷ “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

sumário

tornando descomplicado o processo de indenização, nos casos de descumprimento por uma das partes.

Na responsabilidade contratual, o operador do Direito deve considerar a questão da isonomia entre os contratantes, conforme dito anteriormente, para não ferir o princípio da função social do contrato. Conforme disposto no artigo 421²⁰⁸, se as prescrições jurídicas não forem corroboradas na constituição do contrato. Em caso de descumprimento por uma das partes, pode a justiça não ratificar os eventuais danos que vierem a ocorrer.

Segundo Rogério Ferraz Donnini:

Função social do contrato e justiça comutativa estão relacionados diretamente, pois se há concepção social, com o afastamento da relação centrada em bases individuais, existe sempre a ideia de comutatividade. Se, ainda, associarmos esses conceitos ao da boa-fé, constataremos que função social nada mais é do que uma relação entre os contratantes pautada na boa-fé objetiva, somada a uma característica básica que deve nortear qualquer pacto: o equilíbrio nas prestações²⁰⁹.

A associação em um contrato predispõe a necessidade de se manter um vínculo com outros que estabelecem obrigações e responsabilidades no âmbito jurídico, através do princípio da autonomia e ensejo, sem os quais não se estabeleceria tal vínculo. Entretanto, a esta autonomia preexistem normas que determinam o alcance dessa liberdade, considerando a função social do contrato previsto no artigo 422²¹⁰, evitando, de forma categórica, ações que transgridam as cláusulas contratuais.

²⁰⁸ "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

²⁰⁹ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Pós-Contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

²¹⁰ "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

sumário

QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS
EM DECORRÊNCIA DO INADIMPLEMENTO
DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Com relação à quantificação dos danos extrapatrimoniais, considera-se primordial um breve resumo acerca da natureza jurídica da indenização por danos morais, que, em razão da quantidade de controvérsia sobre o assunto, acarretou a existência de três correntes:

1ª corrente: A indenização por danos morais tem o mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinador ou pedagógico. Essa tese encontra-se superada na jurisprudência, pois a indenização deve ser encarada como mais do que uma mera reparação;

2ª corrente: A indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador, tese adotada nos Estados da América, com o conceito de *punitive damages*. Essa corrente não vinha sendo bem aceita pela nossa jurisprudência, que identificava perigos na sua aplicação. Entretanto, nos últimos tempos, tem crescido o número de adeptos a essa teoria;

3ª corrente: A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, visando a coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal. Essa tese ainda tem prevalecido na jurisprudência nacional²¹¹.

A maioria da doutrina reforça a premissa estabelecida na VI Jornada de Direito Civil, através do Enunciado nº 550: “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou valores fixos”.

²¹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 572.

sumário

O posicionamento favorável ao tabelamento do dano moral, por meio de uma lei, ou até mesmo a estipulação de tetos máximos e mínimos, seria totalmente incompatível com princípios basilares da Carta Magna, tais como o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988, e princípio da dignidade da pessoa humana. Pois os seres humanos possuem sentimentos diferentes, mesmo diante do mesmo dano, e não é razoável taxar ou tabelá-los como iguais.

Prevalece, nos tribunais pátrios, a quantificação dos danos morais em salários mínimos, conforme se verifica na gama de julgados sobre o tema. Em sede doutrinária, na fixação da indenização por danos morais, é primordial que o magistrado observe a extensão do dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; as condições psicológicas das partes e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima, conforme demonstra o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor. Condenação anterior, em quantia menor. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como o nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido²¹².

²¹² STJ, REsp. 355.392/RJ, 3ª Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, j. 26.03.2002, DJ 17.06.2002, p. 258.

sumário

Além dos critérios já mencionados, e que geralmente são aplicados pelos tribunais, considera-se brilhante a contribuição trazida pelo ilustre doutrinador Flávio Tartuce a respeito da quantificação do dano em estudo:

A decisão consagra a ideia de que o julgador deve adotar um método bifásico de fixação da indenização. Na primeira fase, é fixado um valor básico de indenização de acordo com o interesse jurídico lesado e em conformidade com a jurisprudência consolidada do Tribunal (grupo de casos). Na segunda fase, há a fixação definitiva da indenização de acordo com as circunstâncias particulares do caso concreto (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes, entre outros fatores)²¹³.

Os vínculos contratuais são complexos e encontram-se inter-relacionados, e organizados com especificidades que dificultam antecipar conjecturas ao contrato na prática. Como pode se verificar nos casos contratuais civis, previstos no código de defesa do consumidor, em que não houve atualização do risco, ponto primordial do contrato, compreende-se que alguns pontos devem ser relevantes em decorrência dos riscos presentes em qualquer relação contratual em que exista (e sempre pode existir) a escassez de recursos para cumprimento do acordo. Portanto, trata-se de um ponto essencial a ser considerado, levando-se em conta os fundamentos da função social, da boa-fé objetiva e da proteção do consumidor.

As responsabilidades contratuais submetem o sujeito a inúmeros eventos, muitas vezes inesperados, e, em alguns acordos, aparecem obstáculos e contrariedades que dificultam a prestação dos serviços. Mas nem todos os estorvos decorrentes de relações contratuais são imprevisíveis, incoerentes ou espúrios. Em muitos casos, são etapas naturais das operações financeiras, inerentes ao sistema capitalista

²¹³ Manual de direito civil: volume único. 8. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 576.

sumário

presente na sociedade. Portanto, o papel dos juristas é de extrema relevância para interpretar a existência ou não de um dano moral.

Essa ideia, de que o dano moral em geral não depende de comprovação, decorre a nosso ver do recorrente erro de perspectiva de identificar o dano moral com aquelas reações de dor, constrangimento, tristeza, vergonha. Partindo de tal premissa, a solução encontrada não poderia ser outra que não a da inexigibilidade da prova do dano, porque totalmente subjetivo, existente no íntimo do indivíduo e, consequentemente, não perceptível pelos sentidos. O dano, assim considerado, teria de ser presumido a partir de algum fato objetivo. Por esse prisma, em verdade, com base em uma presunção (absoluta, no comum dos casos), acaba-se por indenizar alguém por um dano moral (identificado sempre com “dor”) que poderia nem mesmo existir. Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez violado direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito²¹⁴.

A compreensão sobre a obrigação ou desobrigação de indenização por danos morais, devido à falta de cumprimento das regras contratuais, permitem inúmeras interpretações. Por esse motivo, os operadores do Direito, nas diversas instâncias, discordam quando aplicados os conceitos em casos contextualizados.

Na concepção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para que ocorra dano moral, torna-se fundamental que o descumprimento resulte em ‘algo grave’, que ocasione situação de inquietação e aflição, com a indenização coerente à magnitude da adversidade causada. Tal interpretação está compreendida no conceito subjetivo de dano moral. Em outros casos, entretanto, o STJ julga necessário o entendimento do conceito objetivo do dano moral, por se tratar de prejuízo ao sujeito social.

²¹⁴ ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003.

sumário

Há ainda os casos de má-fé utilizados na quebra dos contratos, em que uma das partes prejudica a outra sem que tenha motivo coerente, demonstrando atitude imprópria e desonesta ao violar os critérios contratuais. Nesses casos, a indenização por danos morais é explicitamente cabível, considerando que o inadimplemento se fez sem nenhuma justificativa que impedisse o estabelecido em contrato.

Existem, ainda, situações referentes a serviços essenciais, como água e energia, que são interrompidos de forma imprópria, desrespeitando regras contratuais - nesse contexto, os danos morais são indenizáveis, pois decorrem do próprio prejuízo da ocorrência. Referida indenização é amparada pelo *in re ipsa*. Ou seja:

Em razão da natureza imaterial do dano moral e da sua constante associação ao sofrimento da vítima, o recurso ao expediente *in re ipsa* tem parecido necessário em numerosas situações. Colhe-se dos aludidos precedentes que, diante de certos acontecimentos, não seria razoável exigir a prova do dano moral, vez que dos fatos seria inequívoco o dissabor experimentado pela vítima. Como se percebe, o mecanismo *in re ipsa* tem por escopo facilitar a reparação por danos morais, pois objetiva afastar discussões que, na prática, poderiam deixar a vítima sem ressarcimento. Com efeito, não é desprezível o peso ainda atribuído pelos tribunais aos sentimentos do ofendido para a caracterização do dano moral, de maneira que, sem o recurso ao *in re ipsa*, dificilmente seria possível a reparação em determinadas hipóteses, como no caso do direito de imagem de pessoas famosas, especialmente quando em algum momento já se expuseram voluntariamente²¹⁵.

Nesse âmbito, inúmeros recursos são indenizados em razão do *in re ipsa*. Como discutir a perda de um parente? Um membro do corpo? A divulgação de imagem indevida como propaganda? Se a ocorrência do fato comprova a lesão causada, então a indenização é garantida pelo *in re ipsa*.

²¹⁵ OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 93, maio, 2014, p. 13.

sumário

Entretanto, a questão que motiva o debate é como quantificar a indenização se não existe uma tabela como referência para os casos, o que cria uma divergência abrangente entre uma instância e outra. Assim como o valor a ser pago por uma multinacional em comparação com um minimercado, em casos similares, não é equivalente ou próximo, enquanto referência ao mesmo dolo causado.

Para o caso de um cachorro que sofreu um incidente no estacionamento de um hipermercado, deve se cobrar a mesma quantia da morte decorrente por violência nessa mesma empresa? A divulgação indevida da imagem de uma celebridade por macular a sua personalidade e, conseqüentemente, ter que arcar com a perda de contratos publicitários conquistados, por toda uma trajetória profissional, pode ser quantificado de forma igualitária a uma pessoa comum, que passou pela mesma situação? Como, por exemplo, uma professora, que, em decorrência de um vídeo com cenas impróprias a menores, acaba perdendo o emprego?

Recentemente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o mero inadimplemento contratual não é capaz por si só de gerar dano moral, sendo necessária a presença de outros elementos considerados mais graves, além do mero aborrecimento. Vejamos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. RECONVENÇÃO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Corte de origem afastou a indenização por danos morais, por constatar que o ajuizamento da ação de reintegração de posse, julgada procedente inclusive, não gerou prejuízos à imagem do recorrente, tratando-se de mero exercício regular de direito do recorrido.

sumário

2. A alteração do contexto fático delineado pelo acórdão recorrido demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Conforme entendimento pacificado nesta Corte, o simples descumprimento contratual, por si só, não é capaz de gerar danos morais. Na espécie, tendo o Tribunal Estadual expressamente consignado à inexistência de circunstância especial que extrapole o mero aborrecimento, não se pode reconhecer o direito à reparação por dano extrapatrimonial.

4. Agravo interno não provido²¹⁶.

Vê-se que o STJ acompanha o entendimento firmado na III Jornada de Direito Civil, através do enunciado número 159, do Conselho da Justiça Federal, que defende que dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.

Ante todo o exposto, deve-se ter ciência que o correto é estudar com afincos o caso concreto para uma fixação de indenização por dano moral, não sendo possível estabelecer limites/parâmetros fixos.

Nesse sentido, é o Enunciado 75 de sua Súmula: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

O Enunciado da Súmula aproxima-se do conceito objetivo de dano moral, exigindo lesão a direito da personalidade. Ocorre que, por se tratar de conceito indeterminado, a hipótese excepcional prevista no enunciado, ensejadora da indenização por dano moral, admite interpretações ampliadas e muitas vezes divergentes, acerca do que configura ou não lesão à dignidade a justificar o cabimento da referida indenização²¹⁷.

²¹⁶ AgInt no AREsp 1697276/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 01/02/2021.

²¹⁷ CÔRTEZ, J.C.J.; GOMES, L.C.; ARAÚJO, A.F.; SCHNEIDER, A. F. O dano moral nas relações contratuais - sob o enfoque do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acesso em 16 de mai. 2021. Disponível em: <trj.jus.br/documents/10136/1186838/artigo-dano-moral-nas-relações-contratuais-versao-revisada-28-06-15.pdf>.

sumário

Conforme estabelecido por jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, há prevalência do conceito objetivo por dano moral, o que deve e pode ser aplicado de forma assertiva nas primeiras instâncias, conforme critérios necessários, entendendo o contexto do caso e os sujeitos envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação de serviços, devido à falta de fiscalização dos órgãos competentes, acaba por criar uma demanda no judiciário, transpondo as atribuições para esse patamar. A reflexão que se pode fazer diz respeito primeiro às partes contratuais que usam de má-fé para não concluir serviços e/ou pagamentos a outra parte - usando os contratos como forma de enriquecimento ilícito. Segundo, aos órgãos reguladores, que deveriam fiscalizar como as empresas ofertam os contratos unilaterais, as quais, recorrentemente, são levadas às instâncias jurídicas, pois os credores acreditam ser o último, ou melhor, o único recurso entendido como garantia dos direitos previstos em lei: isonomia entre as partes.

Em relação à intrigante problematização levantada neste estudo, a respeito do *quantum* indenizatório a ser fixado, em decorrência de um dano moral, e à inexistência de parâmetros legais que orientem o magistrado no momento da fixação do valor pecuniário, trata-se de um motivo com inúmeras controvérsias, pois alguns doutrinadores entendem ser um risco deixar a critério do juiz a fixação de uma indenização que vise reparar uma lesão sofrida no patrimônio ideal de um indivíduo, que é insuscetível de valor econômico.

Assim, o ideal ainda é continuar acreditando na experiência e boa-fé do magistrado no momento da fixação da quantia pecuniária, que deverá basear-se sempre nos princípios da equidade, razoabilidade

sumário

e no seu bom senso. Devendo também ser relevante considerar alguns critérios definidos na doutrina e jurisprudência brasileira sobre o tema.

É primordial, em se tratando de dano moral, considerar a premissa de que o dano extrapatrimonial não possui a finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim uma mera compensação pelos males e sofrimentos suportados. Razão pela qual o próprio STJ consolidou, por meio da súmula 498, não ser justificável a incidência de imposto de renda sobre os valores recebidos a título de indenização por dano moral.

Todavia é importante salientar que - em alguns casos - a fixação da indenização por danos morais, por parte dos magistrados, é tão irrisória, ou de pequena monta, que não cumpre o caráter pedagógico ou punitivo. Razão esta pela qual algumas empresas preferem continuar reiterando em suas condutas de inadimplemento contratual.

Na tentativa de uniformizar as controvérsias acerca da quantificação de forma mais efetiva, não se omitindo de desferir resultado apropriado no âmbito de cada contexto, pode-se utilizar como referencial os encaminhamentos dentro da jurisprudência adotada pelo STF, na qual se evidencia favorecimento ao conceito objetivo de dano moral.

Nessa perspectiva, entende-se que cada caso deve ser analisado de forma específica, e deve ser realizada a análise circunstancial dos sujeitos envolvidos nas primeiras instâncias, de maneira que se assegure o amparo jurídico indispensável para indenizar e amenizar, de forma consentânea, o dano moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. *A evolução do conceito de dano moral*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

ASSIS NETO, S.J. *Dano moral: Aspectos jurídicos, doutrina, legislação, jurisprudência e prática*. Araras-SP: BESTBOOK, 1998.

sumário

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. “DOU 5.10.1988”. Consult. em 13 de agosto de 2019. Disponível na *World Wide Web*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Código de Proteção e defesa do Consumidor*. 14. ed. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN: 978-85-7018-417-7.

BRASIL. *Código Civil e Constituição Federal*. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN: 9788553604357.

BENJAMIM, Antônio Hermen de Vasconcellos. *Comentário aos artigos 12 a 27 do código de proteção do consumidor*. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o código civil de 2002. São Paulo: RT, 2005. ISBN: 9788520316436.

CARLETTI, Almilcare. *Dicionário de latim forense*. 9. ed. rev. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. ISBN: 9788574563398.

CÔRTEZ, J.C.J.; GOMES, L.C.; ARAÚJO, A.F.; SCHNEIDER, A. F. *O dano moral nas relações contratuais - sob o enfoque do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Acesso em 16 de mai. 2021. Disponível em: <trj.jus.br/documents/10136/1186838/artigo-dano-moral-nas-relações-contratuais-versao-revisada-28-06-15.pdf>.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. ISBN: 9788588813335.

DENARI, Zelmo. *Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Conforme o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005. ISBN: 8530982169.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002. V. 7.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 7. ISBN: 9788502083400.

FARIA, Ernesto. *Vocabulário Latino-Português: significação e história das palavras, agrupadas por família, segundo os programas atuais*. Belo Horizonte: Livraria Garnier, 2001. ISBN: 9788571750609.

sumário

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Dos direitos do consumidor*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2005. ISBN: 8530960645.

_____. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. rev., ampl., sist. e atual. de acordo com o código civil de 2002 e leis suplementares. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN: 8530960645.

GABRIEL, Sérgio. *Dano moral e indenização*. Consult. 11 maio 2008. Disponível na *World Wide Web*: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2821>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 3. ISBN: 9788547216504.

MARINS, Felipe Fernandes. *Dano moral ou mero aborrecimento?* [Consult. 03 mar. 2008]. Disponível na *World Wide Web*: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3540>>.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. ISBN: 9788520366400.

MORAES, Guilherme Penã de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Lumens Juris, 2008.

MELO, Nehemias Domingos de. *Por uma nova teoria de reparação por danos morais*. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. [consult. 25 maio 2008]. Disponível na *World Wide Web*: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=524>.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 9788553605248.

OLIVA, Milena Donato. *Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. V. 93. Mai., 2014, p. 13.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN: 9788502003460.

RIBEIRO, Guilherme Fernandes Aliende. *A quantificação do dano moral*. [Consult. 22 fev. 2008]. Disponível na *World Wide Web*: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>>.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

sumário

RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. V. 4.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1969. ISBN: 9788530908065.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN: 9788520347188.

VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. V. 4. ISBN: 9788597009224.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. V. 4.

6

Luciana Machado Cordeiro

OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NO SUPERENDIVIDAMENTO ORIUNDOS DOS CONTRATOS CIVIS E DE CONSUMO NO BRASIL E EM PORTUGAL

*THE EFFECTS OF ECONOMIC
GLOBALIZATION ON THE INDEBTEDNESS
ARISING FROM CIVIL AND CONSUMER
CONTRACTS IN BRAZIL AND PORTUGAL*

DOI: 10.31560/PIMENTACULTURAL/2021.100.165-191

sumário

RESUMO:

A evolução da sociedade se dá em razão dos efeitos do cenário econômico causado pela globalização, e por sua consequência nos contratos civis e de consumo, por meio do superendividamento, que é o escopo deste artigo. A metodologia utilizada é a Bibliográfica, e terá como ponto central o fato de que, muito embora os benefícios sejam mais observados, os malefícios causados podem impedir que as pessoas vivam de forma digna.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização econômica; Superendividamento; Contratos civis; Contratos de consumo.

ABSTRACT:

The evolution of society due to the effects of the economic scenario caused by globalization and its consequence on civil and consumer contracts through overindebtedness, it is the scope of this article. The methodology used is Bibliographic and will have as its central point the fact that, although the benefits are more observed, the harm caused can prevent people from living in a dignified manner.

Keywords: Economic globalization; Over indebtedness; Civil contracts; Consumer Contracts.

sumário

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como escopo discorrer acerca do superendividamento causado pela globalização econômica, nos contratos civis e de consumo. A análise recairá sobre uma perspectiva comparada entre Brasil e Portugal.

É de extrema relevância apresentar, como introito desta discussão, os reflexos causados pela globalização econômica, tendo em vista que o fenômeno do encurtamento de distâncias e novas tecnologias resultantes ensejaram novas relações, não apenas sociais, mas, e sobretudo, com consequências jurídicas.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste artigo foi a de Revisão Bibliográfica, e a discussão ocorrerá como se segue.

No primeiro capítulo, serão tecidas as considerações acerca da globalização econômica. Neste item, a mobilização estatal, por meio do *welfare state*, servirá de prévia para a abordagem sobre os aspectos da globalização econômica e da sociedade contemporânea.

Em seguida, o estudo trará a discussão sobre os contratos civis, de consumo, e os reflexos da globalização econômica.

Por derradeiro, buscará a demonstração de que as relações contratuais e o consumismo geram o superendividamento, e isso se dará em razão do amplo acesso ao crédito.

sumário

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA
GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Independentemente de a globalização ser concebida como uma ideologia ou fenômeno, é fato que, desde o seu surgimento, ou pelo menos desde que se fala a respeito do assunto, a sociedade evolui a passos largos.

A velocidade com que a informação alcança os lugares mais longínquos, hoje em dia, jamais se conceberia que fosse acontecer outrora. E esse “outrora” não está tão distante. É tranquilo afirmar que, em 30 anos ou um pouco mais, desde os idos de 1980, a evolução mundial em termos de velocidade da informação avançou mais de 100 anos. No decênio de 80, não existia aparelho celular, apenas telefones fixos em estabelecimentos comerciais e em poucas residências. O uso da linha telefônica era extremamente caro. Hoje, é praticamente impossível encontrar uma pessoa que não tenha um aparelho de telefone celular, inclusive entre as crianças.

As pessoas e as organizações são obrigadas a estarem em constante adaptação às demandas do mercado e meio social, como se evidencia a seguir:

As organizações – empresa, Estado, por ex. são sistemas adaptativos complexos, integrados por um sem número de agentes sempre a interagir e assim criando novos comportamentos para todo o sistema. Nestes termos, os dirigentes políticos, sociais, societários etc. não podem controlar/determinar as suas organizações, mas só influenciá-las numa certa direção²¹⁸.

Talvez seja um paradoxo pensar que a globalização econômica tenha trazido apenas benefícios para a vida em sociedade, porque infe-

²¹⁸ CAMPOS, Diogo Leite; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Os danos futuros e a sua incerteza*. Acesso em 13 dez. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <<http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/2350/1/Os%20danos%20futuros%20e%20a%20sua%20incerteza.pdf>>.

sumário

lizmente não é a realidade, e, para apresentar essa constatação, convém trazer à baila a interação entre a globalização econômica e o *Welfare State*.

Welfare State como forma de mobilização do aparelho Estatal

A concepção de proteção social mínima com possibilidade de alcançar patamares mínimos de dignidade humana, por meio de um mínimo de renda, originou-se por volta de 1795, na Grã-Bretanha, a qual ainda não havia alcançado a maturidade mercantil, em razão da inexistência de um mercado livre de trabalho, e onde tinha se estabelecido política de proteção social desde 1536, prevista pela chamada Lei dos Pobres²¹⁹.

A expressão *Welfare State* tem referência específica à expressão utilizada pelos ingleses para o que se chama de Estado de Bem-Estar Social, sendo esta mais recente do que a expressão francesa Estado-Providência, a qual teve a sua primeira referência em 1860, após críticas do então deputado francês Émile Ollivier ao aumento das contribuições do Estado junto às políticas sociais²²⁰.

No entanto, o modelo de Estado Social tem seu início com o fim da Primeira Guerra Mundial, e com a promulgação das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), as quais foram consideradas marcos históricos da passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Apesar disso, foi com o início da Segunda Guerra Mundial que a reação intervencionista do Estado passou a ser incentivada,

²¹⁹ POLANYI, Karl. *A grande transformação - As origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 97.

²²⁰ ROSANVALLON, P. *A crise do Estado Providência*. Lisboa: Editorial Inquérito, 1984, p. 111.

sumário

assumindo, assim, o encargo de assegurar a prestação de atividades consideradas fundamentais a todos os indivíduos²²¹.

Nessa linha de raciocínio, para o objetivo deste artigo, o conceito de *Welfare State* confirma seu fundamento no que apresenta Fábio Guedes Gomes²²²:

[...] um conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal promovidos pelo Estado com a finalidade de garantir uma certa 'harmonia' entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social, suprimindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente.

O Estado de Bem-Estar Social, como perspectiva para o campo econômico e social, é visto como uma política de combate às desigualdades sociais, permitindo, além de inúmeras políticas para tal fim, a abertura para a celebração de contratos, sejam civis ou provenientes da relação de consumo. Guarda, ainda, estreita relação com os aspectos da globalização econômica, a qual será objeto de estudo do próximo item, e, como resultado maléfico dessa interação, o superendividamento.

Globalização econômica e sociedade contemporânea

Falar de globalização é abordar a temática do encurtamento de distâncias em seus vários aspectos. No entanto, o que interessa a este artigo é a sua vertente econômica, a qual, muito embora decorra das relações sociais, gera efeitos na seara econômica. Coincidindo com

²²¹ HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 65.

²²² GOMES, Fábio Guedes. *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*, p. 203. Acesso em 09 dez. 2019. Disponível na World Wide Web: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a03.pdf>>.

sumário

o fato de que a vida não funciona como uma matemática, de forma linear, gerando resultados exatos, tudo depende do sistema complexo de relações e interações sociais e econômicas.

A realidade e a natureza não são lineares e dificilmente previsíveis quanto mais não seja pelo interagir de modos complexos, de factores ocultos. Os sistemas econômicos e sociais desafiam a análise matemática e a simulação²²³.

Conceituar globalização é uma tarefa das mais fáceis, tendo em vista que este fenômeno, além de não ser novo, pode apresentar uma série de definições, dependendo do ângulo de que se é visto.

Tem-se, então, que o fenômeno da globalização não é novo, e existe desde o tempo dos antigos impérios:

Ele já estava presente, por exemplo, nos antigos impérios, provocando sucessivos surtos de modernização econômica, cultural e jurídica. Na era moderna, foi impulsionado pela interação entre expansão da cartografia, o crescente domínio de técnicas de navegação pelos povos ibéricos e a própria evolução do conhecimento científico²²⁴.

O Mercantilismo, cujo fluxo de circulação de mercadorias, em idos do final do século XV e início do século XVI, teve extraordinário incremento. Desse modo, pode ser entendido como indícios da presença de fluxos globais ou de ondas globalizacionais.

O fenômeno da globalização se evidencia desde a Antiguidade, quando se traz à memória as grandes expedições em busca de novos mercados, em regiões longínquas, bem como o mais conhecido, para o Brasil, a partir de Portugal, em busca de novos domínios.

²²³ CAMPOS. *Op. cit.*, p. 106.

²²⁴ FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60.

sumário

As práticas mercantis dos povos antigos, bem como dos atuais, são facilmente observadas com relação ao fenômeno da globalização, hodiernamente denominado e amplamente difundido.

Os meios de comunicação tiveram um papel importante, fomentando práticas comerciais, trocas de informações, mercadorias e conhecimento, e isso podia ser notado no que ali nascia e ao que hoje se denomina globalização.

Não há originalidade, tão pouco ineditismo, no conceito de globalização na história da humanidade, o que pode ser observado é a sua constante evolução a depender do tempo e circunstâncias, todavia, com denominações diferentes, embora todas voltadas à história do capitalismo. Neste sentido:

[...] ele pode ser encontrado em análises paradigmáticas sobre os vínculos entre criação e a reprodução ampliada do capitalismo histórico - enquanto sistema mundial - com processos de formação de estados e mercados quanto em textos clássicos sobre a organização e a interação de espaços econômicos autossuficientes e amoldados à natureza mercantil dos impérios modernos²²⁵.

Para tanto, Faria define a globalização como “transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finança e consumo”²²⁶.

A sociedade contemporânea, numa linha de mão dupla, move-se e é movida pelo legado da globalização, de modo a causar influência nos novos meios de comunicação, de aquisição de bens e serviços que fazem com que as pessoas se relacionem de uma parte à outra do mundo sem maiores obstáculos. E esse será o tema a ser abordado no próximo item.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 60-61.

²²⁶ *Ibidem*, p. 13.

sumário

CONTRATOS CIVIS, DE CONSUMO, E OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

As relações humanas, por meio de negócios jurídicos, foram intensificadas com a influência do encurtamento de distâncias, caracterizado pela globalização. O tópico em destaque refere-se às considerações acerca dos contratos civis, de consumo, e a influência sofrida em razão da globalização econômica.

Análise acerca dos contratos civis e de consumo

O contrato como manifestação de vontade entre as partes cria um elo entre sujeitos que se obrigam reciprocamente. Esta informação é válida para ambos os países.

Do mesmo modo, em ambos os países, o Código Civil Brasileiro prevê a liberdade contratual, e esta será exercida nos limites da função social do contrato (art. 421). Desde que esteja nos limites da lei, terão as partes a faculdade de livremente fixar o conteúdo dos contratos, e ainda poderão celebrar contratos diferentes dos previstos naquele Código, ou incluir cláusulas que lhes aprouver, nos termos do art. 405º do Código Civil Português.

A discussão acerca das relações contratuais data da época do berço do Direito, a do Direito Romano. A concepção romana sobre obrigação como liame foi acolhida pelo Código Civil português, em seu artigo 397º, o qual apresenta a seguinte definição: “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

sumário

No Brasil, não há, no Código Civil, dispositivo específico que se refira a essa ideia de liame jurídico relacionado à obrigação. No entanto, é a forma como é tratada pela doutrina, sendo importante destacar a definição proposta por Caio Mário da Silva Pereira. Segundo o autor “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”²²⁷.

Cabe ressaltar que, nas disposições apresentadas, a presença do vínculo jurídico é uma constante. Essas obrigações são implementadas por meio dos contratos.

Segundo afirma Luciano de Camargo Penteado²²⁸:

[...] todo contrato gera obrigação para, ao menos, uma das partes contratantes. Entretanto, nem todo contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família.

Nesta linha de interação social, o jurista português, Rui Alarcão²²⁹ afirma:

[...] uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídico-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas.

E finaliza, destacando a atual relação contratual sociopolítica, a qual proporciona uma sociedade mais consensual do que autoritária

²²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 27. ed. rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2015. V. II, p. 7.

²²⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 89.

²²⁹ ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, p. 4.

sumário

ou conflituosa. Isto porque a formalização de um contrato não serve apenas às partes envolvidas, mas a toda a sociedade.

Ocorre que essas ligações não acontecem apenas no Direito Civil, mas com todos os ramos do Direito e áreas do saber.

O Direito do Consumidor luso-brasileiro ganha status de Direito Fundamental ao fim do decênio de 80.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe sobre o assunto, em seu art. 5º, XXXII e 170, e isso se repete um ano depois, em Portugal, por meio da revisão constitucional de 1989, em seu art. 60.

O aperfeiçoamento dessas disposições se deu com o implemento em cada país de uma regulamentação a respeito da temática, o que aconteceu no Brasil, por meio da Lei de n. 8.078, de 1990, a qual estabeleceu normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social. Ao passo que, em Portugal, não há um Código que regule tais relações, porém a Lei de n. 24, de 1996, estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores.

Muito embora haja o apontamento de que o CDC - Código de Defesa do Consumidor (brasileiro) - seja pioneiro em muitos aspectos em relação à defesa do consumidor, há que ser salientado que, desde o início dos anos de 1980, Portugal já convivia com um diploma regente das relações de consumo, por meio da Lei de n. 29 de 1981, a qual, em seu artigo 12, criava o regime jurídico das associações de defesa do consumidor, medidas especiais de prevenção de riscos para produtos “de particular importância para proteção da saúde e segurança dos utentes”, tais como alimentos congelados, medicamentos, brinquedos e jogos infantis (art. 6º).

sumário

Em razão da adesão de Portugal à União Europeia e de seus Tratados, adaptações se fizeram necessárias, e vieram sobre a influência das políticas oriundas do Parlamento e do Conselho Europeu.

A União Europeia se compromete expressamente com a “proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”, nos termos do art. 169, n. 1 do Tratado sobre o funcionamento da UE.

As relações de consumo são encadeadas por esse elo, uma vez que gera contratos entre consumidor e fornecedor de bens e serviços.

Todavia, antes de ser apresentada a definição de contrato de consumo, convém informar que tais contratos advêm da relação de consumo, e esta, por sua vez, demonstra que existe um pressuposto lógico de um negócio jurídico, celebrado em conformidade com o CDC, conforme conceitua Maria A. Zanardo²³⁰: “a relação que o direito do consumidor estabelece entre o consumidor e o fornecedor, conferindo ao primeiro um poder e ao segundo um vínculo correspondente, tendo como objeto um produto ou serviço”.

A concepção de contrato de consumo, em Portugal, baseia-se na Lei de Defesa do Consumidor (LDC) e em diplomas inspirados em diretivas da União Europeia.

O Direito do Consumidor está presente no cotidiano do Brasileiro, mas, apesar disso, nem sempre é possível perceber com facilidade quando se está diante de uma relação de consumo. Para a existência desse vínculo, é necessário que se configurem pelo menos duas partes: quem fornece o produto ou serviço, nesse caso intitulado como fornecedor; e aquele que adquire o que está sendo fornecido, nesse caso, chamado de consumidor.

²³⁰ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70.

sumário

Normalmente, o consumidor é considerado a parte mais vulnerável da relação de consumo, talvez por não possuir conhecimento técnico para avaliar as práticas comerciais do fornecedor, e, às vezes, pela necessidade ou urgência em adquirir o produto ou serviço. Em suma, consumidor seria toda pessoa física, até mesmo exercendo atividade profissional, ou jurídica, que adquire ou utiliza produtos, ou serviços, como destinatário final, ou seja, sem intuito de repassar, de alguma forma, aqueles produtos ou serviços em caráter comercial. De outro lado, caso o bem adquirido faça parte da cadeia produtiva, a pessoa jurídica não será considerada consumidora, conforme José Geraldo Brito Filomeno esclarece, compartilhando do mesmo entendimento:

Não pode ser considerada consumidora final a empresa que adquire máquinas para fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório, que venha a apresentar algum vício ou defeito. Isso porque referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada têm a ver com o conceito de destinação final²³¹.

Juridicamente falando, na sua concepção tradicional, o contrato é o acordo de vontades, entre duas ou mais pessoas, com conteúdo patrimonial, para adquirir, modificar, conservar ou extinguir direitos. Todavia, em se tratando de contrato de consumo, tem-se que este se traduz como instrumento para a realização das relações consumeristas.

Segundo esse enfoque, o fato do Código de Defesa do Consumidor trazer, no caput do art. 2º, um conceito de consumidor que inclui as pessoas jurídicas seria uma distorção da filosofia consumerista, a qual tem como principal objetivo a proteção ao mais fraco, mais vulnerável, o que não seria o caso das pessoas jurídicas que, mesmo sendo pequenas empresas, possuem mais informação e meios de defender os seus interesses.

²³¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 37.

sumário

Este conceito não difere do que é apresentado pela norma portuguesa, a qual considera o consumidor como aquele que adquire bens e serviços (art. 2º, da Lei de n. 24 de 1996).

A realidade econômica influencia e condiciona os contratos civis e provenientes da relação de consumo, e esta assertiva advém da inquestionável interação entre Direito e Economia. É o que confirma Orlando Gomes:

[...] as transformações ocorridas no background econômico determinam a modificação do instituto jurídico, seja em suas normas constitutivas, seja na sua aplicação mediante processo de interpretação, que procuram ajustá-lo à função social que lhe cabe desempenhar²³².

A economia globalizada cria novas relações jurídicas, as quais se traduzem em situações benéficas, dadas as inúmeras facilidades de acesso a bens e serviços, a tudo que se almeja, mas havendo inclusive consequências maléficas, e uma delas é o superendividamento, o que se verá após o debate acerca da globalização econômica e sociedade de consumo, no próximo item.

Globalização econômica e sociedade de consumo

As novas tecnologias trazidas pela era digital transformaram totalmente as relações sociais e econômicas de modo irreversível. É impossível o retorno à época em que os processos produtivos e de interação eram manuais.

E ainda influenciaram no modo de vida das pessoas, que passam a sofrer por conta dos novos hábitos de consumo, muitas vezes levando à exclusão, seja por necessidade de se enquadrar nos ditos padrões sociais estabelecidos, seja pelos modismos, pela redução de

²³² GOMES, Orlando. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 15.

sumário

vida útil dos produtos. O fato é que, numa sociedade capitalista, o consumo pelo consumo já se mostrou evidente.

Dupas exemplifica o sistema consumista adotado pelas sociedades contemporâneas:

O encurtamento das distâncias entre os diversos países do mundo e a exacerbação da mídia global fizeram com que o modo de vida das sociedades de consumo ocidentais, apesar de não estar acessível a todos nem mesmo nos países ricos, fosse adotado como padrão²³³.

Os efeitos da globalização econômica não decorrem apenas das relações de consumo, mas do mesmo modo, no que diz respeito aos contratos civis. Uma vez que são inerentes a atividades econômicas.

O problema da exclusão social é inerente ao lado negativo da globalização, em especial à consequência do superendividamento causado em razão crescente da aspiração e desejos de consumo de grande parte da população mundial, e, em especial, neste artigo, no Brasil e em Portugal.

No próximo item, a abordagem deste artigo terá como escopo relacionar os aspectos da globalização econômica à influência sofrida pela sociedade de consumo, causando o superendividamento.

SUPERENDIVIDAMENTO COMO CONSEQUÊNCIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E DO CONSUMISMO

A competitividade predatória das empresas, que se estabelecem em países capitalistas, cria produtos com tempo de vida útil cada vez menor, sem peça de reposição, e, principalmente, proporcionando

²³³ DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 17.

sumário

praticidade para a correria do dia a dia. Mudam a todo instante as características das relações contratuais e de consumo.

A celebração de contratos é uma rotina da vida das pessoas em razão de suas necessidades diárias. Relações contratuais que vão desde uma simples compra de um pão a um complexo empreendimento. E, seja de ordem civil ou de consumo, tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto o português são diligentes ao regulamentar tais relações, e, ainda como consequência, tem-se o inconveniente do superendividamento advindo delas.

Neste contexto, o consumo é implementado pela oferta de produtos e serviços postos à disposição do consumidor no mercado, muitas vezes por meio de propagação de crédito, fomentando a economia, gerando riquezas.

Por outro viés, o consumo, por meio de crédito democratizado, massificado, demonstra-se um grande problema ao indivíduo e à sociedade, na medida em que, de facilitador, pode tornar-se o pior pesadelo da sociedade de consumo: o superendividamento do consumidor.

Neste sentido, a sociedade consumerista, historicamente concebida, incentiva a prática hedonista, pela qual o consumo “é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso e à fama”²³⁴. Porém, por outro lado, se apresenta como uma das causas do mal-estar da pós-modernidade a possibilidade de endividamento excessivo do consumidor.

Bauman adverte que o consumo pode levar o indivíduo a um ciclo vicioso, na busca incessante das realizações dos desejos, de forma que:

²³⁴ BAUMAN, Zigmunt. *Globalização*. Tradução: Macus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 55.

sumário

Se o consumo é a medida de uma vida bem sucedida, da felicidade e mesmo da decência humana, então foi retirada a tampa dos desejos humanos: nenhuma quantidade de aquisições e sensações emocionantes tem qualquer probabilidade de trazer qualquer satisfação da maneira como manter-se ao nível dos padrões [...] ²³⁵.

Neste diapasão, é de salutar importância trazer à baila o discernimento acerca do consumismo, do amplo e irrestrito, muitas vezes, devido ao fácil acesso ao crédito.

Consumismo e suas ilações

O conforto, a praticidade e a novidade tornam o consumidor refém de campanhas publicitárias e de práticas comerciais, muitas vezes abusivas, para que atinjam o propósito de escoamento da produção.

A impressão é a de que a resposta para a felicidade está no consumo, e que o indivíduo somente se sentirá completo se tiver determinado bem ou se beneficiar de determinado serviço.

O termo “sociedade de consumo” é comumente usado para denominar as relações humanas da contemporaneidade. A impulsão para o consumo advém da constante mudança de desejos das pessoas. A cada nova necessidade ou desejo, há um novo nicho de mercado, um novo produto ou serviço. Hoje, os aplicativos de celulares resolvem praticamente todos os problemas diários de transporte, lazer, consumo, educação etc. Tudo é resolvido em alguns clicks, e, se não for suficiente, já, já a solução virá. Isto porque empreender e inovar são as saídas do momento para toda e qualquer necessidade humana.

²³⁵ BAUMAN. *op. cit.*, p. 56.

sumário

Determinados grupos de pessoas são identificados por seus atos de consumo. E, assim, o ser humano prefere deixar de ser sensível às belezas naturais para dar crédito a bens fabricados pelo homem.

A estrutura de mercado atual não impulsiona o consumo por si, por necessidade, e sim pelo que dizem, por sua potência comunicativa, por meio da linguagem, beleza e facilidade de aquisição. Hoje, os consumidores possuem e adquirem etiquetas, que nada mais são do que representações e enunciados especiais de objetos. Um suplemento de significado que vai além de seu valor de uso enquanto bem produzido. Os bens são símbolos e os símbolos são bens²³⁶.

A pressa no “ser, ter, querer” constitui a mola propulsora da sociedade, que se baseia na relação de consumo.

Este pensamento é fundamentado no pensamento de Zygmund Bauman:

Pode-se dizer que o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel nos processos de autoidentificação individual e do grupo, assim como na seleção de execução de políticas de vida individuais. O “consumismo” chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade dos produtores era exercido pelo trabalho²³⁷.

²³⁶ COSTA, Alda Cristina Silva da, e outros. *Movendo Ideias*. Belém, v8, n. 13, pp. 13-22, jun./2003, p. 07. Acesso em 27 out. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos_revistas/211.pdf>.

²³⁷ BAUMANN, Zygmund. *Os direitos humanos e a sociedade de consumo: Modernidade, liquidez das relações*. Acesso em 27 out. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <<http://www.knoow.net/cienceconempr/economia/sociedadeconsumo.htm>>.

sumário

Assim, dada essa inversão de valores humanos, a sociedade de consumo cria estigmas em troca do poder de compra de cada indivíduo, o qual deixa de viver a verdade de sua vida para encarar a realidade que lhe é ditada, para não se sentir à margem da sociedade. E, nestes termos, não há o que diferenciar a sociedade de consumo brasileira da portuguesa. Contudo, a aquisição desmedida se dá pelo amplo e, muitas vezes, irrestrito acesso ao crédito, o que se verá a seguir.

Superendividamento como consequência do amplo acesso ao crédito

A abertura de mercado vem fazendo com que as pessoas, independentemente de salário, tenham condições de ter acesso a bens e serviços, o que se faz por meio do acesso ao crédito.

A partir do século XIX, inúmeros fatores contribuíram para o acesso às novas mercadorias por meio do crédito. Se antes a discussão acerca da atividade creditícia restringia-se ao incremento das relações entre comerciantes, hoje o crédito passou a ser a estratégia entre os consumidores. Neste sentido, dispõe Livia Barbosa²³⁸:

Embora permaneçam disputas em torno do 'quando' aconteceu, a sociedade de consumo, variando este do século XVI até o XVIII, existe, por outro lado, um relativo consenso em que consistiram as mudanças que ocorreram. Algumas delas incidiram sobre a cultura material da época, afetando tanto a quantidade como a modalidade dos itens disponíveis. A partir do século XVI, registra-se o aparecimento de todo um conjunto de novas mercadorias no cotidiano dos diversos segmentos sociais, fruto da expansão ocidental para o oriente. [...] Entre tantas mudanças vou me deter em apenas duas. A passagem do consumo familiar para o consumo individual e a transformação do consumo de pátina para o consumo de

²³⁸ BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, pp. 18-19 e 27.

sumário

moda. [...] Lojas de departamentos, como o Bon Marché em Paris e Marble Dry Goods em Nova York, inauguradas em meados do século XIX, foram elementos importantes tanto na disseminação da moda como na democratização do consumo. Elas atiçavam o desejo dos consumidores, fornecendo um mundo de sonhos e impondo uma nova tecnologia do olhar ao apresentar as mercadorias em cenários e ao alcance das mãos dos consumidores sem a obrigatoriedade da compra. Simultaneamente, ofereciam meios para o financiamento dos sonhos que suscitavam, como foi o caso do crédito direto ao consumidor criado por Aristide Boucicaut, dono do Bon Marché.

Cláudia Lima Marques, ao tratar do tema, enfatiza a importância do consumo por meio de oferta de crédito, ao mesmo tempo em que adverte sobre os riscos do endividamento:

O endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo. Para consumir produtos e serviços, essenciais ou não, os consumidores estão - quase todos - constantemente se endividando. A nossa economia de mercado seria, pois, por natureza, uma economia de endividamento. Consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes como o Brasil²³⁹.

A origem do problema está diretamente ligada à oferta de crédito, e atualmente esse cenário é visto como problema de ordem social, visto que afeta não só o indivíduo, mas toda a sociedade.

O superendividamento pode ser definido como a “impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”²⁴⁰.

²³⁹ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELO, Karem. *Prevenção e Tratamento do Superendividamento: Caderno de Investigações Científicas*. Brasília: DPDC/SDE, 2010, p. 256.

²⁴⁰ MARQUES, *op.cit.*, p. 256.

sumário

Para Lima, o fenômeno do superendividamento está associado à liberação desmedida do crédito, com forte apelo publicitário, às camadas mais vulneráveis da população, pessoas com baixo rendimento e idosos, cuja consequência implica em graves riscos de endividamento excessivo e irrefletido²⁴¹. E, assim, define o superendividamento:

Trata-se da falência dos consumidores, ou melhor, daquelas situações em que o devedor se vê impossibilitado, de forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou quando existe uma ameaça séria de que não possa fazê-lo no momento em que elas vencerem²⁴².

Cláudia Lima Marques ensina que o superendividamento pode ser ativo, caracterizado também pelo abuso de crédito e má administração do orçamento familiar; e passivo, definido como “acidente de vida”, ou seja, oriundo de causas referentes ao desemprego, divórcio, doenças, acidentes, mortes, entre outros, e, citando a doutrina, define:

A doutrina europeia distingue o superendividamento passivo, ou seja, se o consumidor não contribuiu ativamente para o aparecimento dessa crise de solvência e liquidez, do superendividamento ativo, quando o consumidor abusa do crédito e ‘consome’ demasiadamente acima das possibilidades de seu orçamento, sendo que, mesmo em condições normais, não teria como fazer face às dívidas assumidas²⁴³.

No Brasil, tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei de n. 3.515/2015, o qual traz mecanismos para evitar o superendividamento. Dispõe de regras sobre transparência na oferta de crédito, proibição de assédio por parte do fornecedor a consumidores como idosos, analfabetos, pessoas com alguma vulnerabilidade.

²⁴¹ LIMA, Clarissa Costa de. *Empréstimo responsável: os deveres de informação nos contratos de crédito e a proteção do consumidor contra o superendividamento*. 2006. 118 p. Dissertação, Mestrado, Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2006, p. 7.

²⁴² *Idem*.

²⁴³ MARQUES, *op.cit.*, p. 258.

sumário

Essa medida serve para combater o que noticiou a Agência Brasil²⁴⁴:

De acordo com apresentação feita por técnicos do BC em Brasília, o risco de superendividamento é maior quando o mutuário acumula mais de uma modalidade de crédito. Em junho de 2019, conforme dados expostos pelo BC, 10 milhões de tomadores de crédito estavam em atraso com seus compromissos. Mais de 9 milhões de pessoas tinham pelo menos mais de uma modalidade de dívida. Dessas, a situação de superendividamento atingia, então, mais da metade (55%) dos endividados.

Já em Portugal, fez-se um estudo do sobre-endividamento (modo como se referem à situação naquele país), realizado pelo Observatório do Endividamento dos consumidores, que destacou à guisa de conclusão, entre outros pontos, os que seguem:

[...] situações de multiendividamento, quase sempre com crédito à habitação e um ou dois créditos pessoais; utilização do crédito pessoal não só para a aquisição de bens de consumo, mas também para pagamento de dívidas anteriormente contraídas; desconhecimento do montante mensal das prestações em dívida e do número de dívidas em situação de incumprimento; tendência para cumprir pontualmente o crédito à habitação, o que confirma a ideia de que a casa é um bem que se tenta preservar a todo o custo; incapacidade de prever o risco associado à contratação de crédito, o que as leva a atingir elevadíssimas taxas de esforço, combinada com um certo descontrole na gestão do respectivo orçamento familiar; manifestação da intenção de cumprir as suas obrigações financeiras, embora, nalguns casos, isso pareça quase impossível; ocorrência de perturbações a nível emocional na generalidade dos sobre-endividados.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA (brasileiro) apresentou estudo referente ao período de 2007 a 2015, com a conclusão de que a inadimplência, no Brasil, decorre de concessões de cré-

²⁴⁴ COSTA, Gilberto. *Brasil tem 5 milhões de pessoas superendividadas*. Acesso em 11 dez. 2019. Disponível na World Wide Web: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-11/brasil-tem-cinco-milhoes-de-pessoas-superendividadas>>.

sumário

dito dos bancos privados. A pesquisa informa que o grau de endividamento das famílias brasileiras, no período, passou de 24,9% para 45%. Relatou-se, ainda, que a ampliação do endividamento está relacionada a gastos com habitação, que passaram de 3,5% para 18,8%²⁴⁵.

Já em Portugal, a DECO – Associação Portuguesa de Defesa do Consumidor, em fevereiro de 2019, recebeu mais de 29 mil pedidos de ajuda de famílias em situação de sobre-endividamento, sendo que a quantidade superou os pedidos registrados um ano antes²⁴⁶.

A União Europeia, com o objetivo de prevenir o sobre-endividamento, tem enviado esforços, inclusive legislativos, por meio de medidas específicas quanto à informação. O Direito à informação está disciplinado em Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, mais especificamente nas de número 2008/48/CE, 2011/83/CE e na de 2014/17/CE. A primeira trata das informações a serem prestadas em contratos convencionais, a segunda foi feita quanto à concessão de crédito, e a última trata sobre a aquisição de imóveis para habitação.

Apesar de serem consideradas, não são, enquanto direito derivado, diretamente aplicáveis no espaço da União, às relações privadas.

[...] Foram sendo transpostas para o direito interno dos Estados-membros através de diplomas legislativos de harmonização, originando por esta via a produção e o desenvolvimento em paralelo dum *acervo nacional* muito significativo no domínio da promoção e defesa dos direitos dos consumidores em geral e do direito à informação em especial²⁴⁷.

²⁴⁵ IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *A dinâmica do mercado de crédito no Brasil no período recente (2007-2015)*. Brasília, 2016, pp. 95-96.

²⁴⁶ DECO recebe mais de 29 mil pedidos de ajuda de famílias em situação de sobre-endividamento. Acesso em 12 dez. 2019. Disponível na World Wide Web: <<https://www.cmjornal.pt/sociedade/detalhe/deco-recebe-mais-de-29-mil-pedidos-de-ajuda-de-familias-em-situacao-de-sobre-endividamento>>.

²⁴⁷ REBELO, Fernanda Neves. *O Direito à informação do consumidor na contratação à distância*. In: AMICORUM, Liber; FROTA, Mario. *A causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 117-118. Acesso em 13 dez. 2019. Disponível na World Wide Web: <<http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/844/1/Direito%20%C3%A0%20informa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20consumidores%20Fernanda%20Rebelo.pdf>>.

sumário

Em ambos os países, o enfrentamento da questão e o retorno a uma vida digna resguarda-se no aparato estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto na pesquisa que ora se apresenta a respeito das consequências da globalização econômica no superendividamento, provenientes dos contratos civis e das relações de consumo, há que se observar, por derradeiro, que a pessoa que assume a condição de superendividada merece apoio estatal para voltar à condição de dignidade, uma vez que tal condição, na maioria das vezes, se dá por razões alheias à vontade da pessoa.

A condição de superendividada afeta a pessoa em sua dignidade, faz com que deixe de exercer a sua cidadania e a marginaliza. O devedor se vê impossibilitado de lidar com os seus débitos, negativa o seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, priva-se da realização de novos contratos, fragiliza a sua saúde física e mental, afasta-se do convívio social, acarretando ainda impactos trabalhistas e familiares.

É fato que, entre as pessoas, de forma involuntária, que são submetidas à situação de vulnerabilidade em razão de sua condição de superendividadas, existem aquelas que o são de forma voluntária, em razão de desnível social, todavia, o tratamento estatal não fará acepção nesse sentido.

A globalização econômica, como se pode constatar, trouxe inúmeros benefícios para a sociedade, proporcionando melhoria da qualidade de vida da sociedade em vários aspectos, entre eles, na comunicação, comércio, transporte etc. No entanto, como a outra face da moeda, trouxe o fácil acesso ao crédito e, conseqüentemente, o superendividamento.

sumário

O superendividamento ou 'sobre-endividamento' (como é conhecido em Portugal) é um fenômeno que afeta todas as sociedades que têm o crédito incentivador na economia doméstica. É considerado problema global e de longa duração, cujo tratamento jurídico deve ser observado por cada nação, sempre com base nas mudanças do cenário econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. nº 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, p. 4.

BARBOSA, Lúvia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. ISBN: 9788537807620.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização*. Tradução: Macus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. ISBN: 9780231114295.

CAMPOS, Diogo Leite & CAMPOS, Mônica Martinez de. *Os danos futuros e a sua incerteza*. Acesso em 13 dez. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <<http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/2350/1/Os%20danos%20futuros%20e%20a%20sua%20incerteza.pdf>>.

COSTA, Gilberto. *Brasil tem 5 milhões de pessoas superendividadas*. Acesso em 11 dez. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-11/brasil-tem-cinco-milhoes-de-pessoas-superendividadas>>.

COSTA, Alda Cristina Silva da, e outros. *Movendo Ideias*. Belém, v. 8, n.13, pp.13-22, jun. 2003, p. 07. Acesso em 27 out. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <http://www.nead.unama.br/site/bibdigital/pdf/artigos_revistas/211.pdf>.

DECO recebe mais de 29 mil pedidos de ajuda de famílias em situação de sobreendividamento. Acesso em 12 dez. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <<https://www.cmjornal.pt/sociedade/detalhe/deco-recebe-mais-de-29-mil-pedidos-de-ajuda-de-familias-em-situacao-de-sobre-endividamento>>.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. ISBN: 9788520311097.

sumário

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. ISBN: 9788521904267.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. ISBN: 9788574201290.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, 37. ISBN: 9788522448647.

GOMES, Fábio Guedes. *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*. Acesso em 09 dez. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a03.pdf>>.

GOMES, Orlando. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977. ISBN: 978-85-225-1355-0 1.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. ISBN-13: 978-8571644687, ISBN-10: 8571644683.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *A dinâmica do mercado de crédito no Brasil no período recente (2007-2015)*. Brasília, 2016, pp. 95-96.

KARSAKLIAN, Eliane. *Comportamento do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN: 9788522437795.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELO, Karem. *Prevenção e Tratamento do Superendividamento: Caderno de Investigações Científicas*. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

OBSERVATÓRIO DO ENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES. *O sobreendividamento em Portugal*. Acesso em 11 dez. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf>.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 89. ISBN: 9788576741855.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 27. ed. rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. II, p. 7.

POLANYI, Karl. *A grande transformação - As origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1980. ISBN: 9788535250763.

sumário

REBELO, Fernanda Neves. *O Direito à informação do consumidor na contratação à distância*. In: AMICORUM, Liber; FROTA, Mario. *A causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 117-118. Acesso em 13 dez. 2019. Disponível na *World Wide Web*: <<http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/844/1/Direito%20%C3%A0%20informa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20consumidores%20Fernanda%20Rebelo.pdf>>.

ROSANVALLON, P. *A crise do Estado Providência*. Lisboa: Editorial Inquérito, 1984. ISBN: 9789726700326.

7

Marcus Aurélio Vale da Silva

O STF E A POSSIBILIDADE DE UM NOVO CAPÍTULO SOBRE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL AO LONGO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS

*THE STF AND THE POSSIBILITY
OF A NEW CHAPTER ON CONTRACTUAL
LIABILITY THROUGH THE PROVISION
OF EXTRAJUDICIAL SERVICES*

DOI: 10.31560/PIMENTACULTURAL/2021.100.192-217

sumário

RESUMO:

O entendimento acerca da responsabilidade contratual pelos danos causados a cidadãos no exercício das delegações de notas e de registros não é pacífico na doutrina, e nem na jurisprudência. Diante desse cenário, o presente trabalho tem por objetivo investigar, mediante a utilização de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos notários e dos oficiais registradores quanto aos danos causados a terceiros no exercício da delegação.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil, Notários e Oficiais registradores.

ABSTRACT:

The understanding of contractual liability for damage caused to citizens by notarial and registral activities is not peaceful in doctrine and jurisprudence. In this scenario, this study aims to investigate, using bibliographic and documentary research, doctrinal and jurisprudential positions regarding the liability of notaries and official registrars for damage caused to individuals in the exercise of the activity.

KEYWORDS: Civil liability, Notaries and Official Registrars.

sumário

INTRODUÇÃO

Cuida-se de um estudo que perpassa pela prestação de serviços notarial e de registro, no Brasil, assim como a apreciação conferida ao Recurso Extraordinário (RE) 842.846, com repercussão geral reconhecida, em que se retoma ao Supremo Tribunal Federal (STF) o debate acerca da responsabilidade dos notários e oficiais registradores brasileiros na prestação do serviço (público), isto é, a quem se deve atribuir a responsabilidade civil para reparar os danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro ao longo do exercício dos serviços cartoriais.

A interposição do recurso reacendeu o debate sobre a temática. Ela fora apresentada pelo Estado de Santa Catarina, por meio de sua Procuradoria-Geral, em face do acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça Estadual, local que havia delimitado que o Estado, em decorrência do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil - CRFB, na condição de delegante dos serviços de registros públicos, teria a responsabilidade civil objetiva para reparar qualquer dano causado a terceiros por Tabeliães e Oficiais de Registros catarinenses.

Com isso, o recorrente objetivou o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva na ação de indenização por dano resultante do mau funcionamento dos serviços notariais e de registros no Estado, e que é a pessoa física do notário ou do oficial de registro quem deveria responder pelos prejuízos causados a terceiros no exercício das atividades notarial e de registro.

Com o julgamento em 2020 e a ocorrência do trânsito em julgado, vislumbra-se um novo panorama acerca da responsabilidade civil dos agentes delegatários ao longo da prestação de tais serviços públicos, o que produzirá efeitos que colidirão com as teorias tradicionais e a legislação correlata vigente.

sumário

BREVE SÍNTESE SOBRE A ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO

Preliminarmente, convém destacar que os serviços notariais e de registros públicos são os de organização técnica e administrativa, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, e vêm sendo exercidos em caráter privado, por delegação legal do Poder Público (Art. 236, *caput*, da CRFB e Lei nº 8935/1994, conhecida como Lei dos Notários e Registradores - LNR).

Desta feita, convém ressaltar a previsão contida no Art. 236 da CRFB:

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

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

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

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

Caracteriza-se como uma das diversas atividades classificáveis pela doutrina como serviço público, sendo que o ingresso na atividade notarial e de registro público, em via de regra, depende de aprovação em concurso público de provas e títulos, na forma do Art. 236, § 3º, da CRFB.

Os notários e oficiais registradores são profissionais do Direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade

sumário

notarial e de registro, e são conhecidos popularmente como os “donos do cartório” ou “cartorários”.

Apesar de ser uma expressão consagrada na prática, o termo “cartório” não é utilizado no corpo da Lei nº 8935, portanto não é considerado pela maior parte da doutrina como termo técnico, mas costumeiro.

Desta maneira, os serviços notariais e de registro são atividades extrajudiciais, de caráter estatal (atividades próprias do Estado), mas que são exercidas em caráter privado (ou seja, por particulares, pessoas físicas), em virtude de delegação feita pelo Poder Público, após prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, sendo que os atos de seus agentes estão sujeitos à fiscalização exercida pelo Poder Judiciário.

Assim, os tabeliães e registradores oficiais exercem as atividades de natureza estatal que lhes foram delegadas pelo Poder Público.

DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, EXTRA CONTRATUAL E ESTATAL

Ao compulsar o Vocabulário Jurídico²⁴⁸, é mencionado que a palavra autonomia é derivada do grego autonomia (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha.

Já o vocábulo vontade, conforme De Plácido e Silva²⁴⁹, de modo a permitir a composição do conjunto que nos interessa, é outro substantivo feminino que significa “a faculdade de querer, a manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma

²⁴⁸ SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 22. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 1495.

sumário

coisa, a intenção em proceder desta ou qualquer forma”. Com origem no latim *voluntas* (consentimento, vontade, ato de querer), representando, assim, a intenção, a faculdade que os seres humanos são dotados de querer ou não querer praticar ou ter algo, avaliando as consequências da decisão tomada.

Sendo assim, o que pode ser interpretado como o princípio da autonomia da vontade?

É um dos princípios fundamentais sobre os quais se encontra balizado o Direito dos Contratos no Brasil. Preceitua que os indivíduos, desde que dotados de capacidade jurídica, podem praticar atos e assumir obrigações de acordo com a sua vontade.

Todos os cidadãos são dotados de liberdade, possuindo consigo a faculdade de contratarem o que quiserem, com quem tiverem vontade, da forma que considerarem mais adequada, e oferecendo a contraprestação que acreditarem mais justa, sendo os agentes capazes; o objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma prevista ou não proibida em lei. Ainda, por criteriosa cautela, é necessário assegurar que o consentimento expresso não possua erro, ignorância, dolo ou coação.

Em suma, o valor axiológico acolhe a liberdade de estabelecer uma relação jurídica contratual, sendo importante destacar que não se revela um princípio absoluto, já que não se pode contratar o que for contrário à lei ou aos bons costumes; em situações específicas, não se pode escolher o outro contratante, e, nos instrumentos de adesão, não é possível exigir alterações por mera liberalidade.

Segundo lecionam Cristiano Chaves, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto:

A relação obrigacional é atualmente concebida como um “processo”. Trata-se de um conjunto de atos coordenados

sumário

cujo ápice será o adimplemento. Afinal, desde as tratativas, passando pela fase da contratação e de todas as vicissitudes do negócio jurídico, o que evidentemente se deseja é que a obrigação culmine com a extinção pelo cumprimento, obedecendo estritamente o projeto contratual desenhado pelas partes. (2016, p.137)

Para que seja possível caracterizar a responsabilidade civil contratual pós- negocial, diante de eventual descumprimento ou até mesmo na ocorrência de prejuízos, torna-se necessário que se coadunem quatro elementos, a saber: a ação ou omissão do agente, a culpa ou o dolo do agente, a relação ou o nexo de causalidade e o dano, mediante fundamentação em um contrato avençado entre as partes a serem consideradas, como, de um lado, o agente e, de outro, a vítima.

Por outro lado, no que tange à responsabilidade civil extra-contratual, também reconhecida doutrinariamente como aquiliana, o agente não tem vínculo contratual diretamente com a vítima, possuindo vínculo legal. Eis que, por conta do descumprimento de um dever legal, o agente, por ação ou omissão, com nexo de causalidade e culpa ou dolo, resultará num dano à vítima.

Ambas as figuras de responsabilidade encontram suporte genérico no que dispõe o artigo 186 do Código Civil, no título dos atos ilícitos, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Desse modo, pode-se verificar que a única diferença entre as duas figuras de responsabilidade civil encontra-se no fato de a primeira existir em razão de um contrato que traz vínculo às partes; enquanto que a segunda surge a partir do descumprimento de um dever legal. Diante de tal particularidade, a jurisprudência se torna ainda mais importante sobre a divergência contida nesta temática.

sumário

Ainda, conforme a doutrina majoritária “pela magnitude das funções estatais – sobretudo num país continental, como o Brasil –, as ocasiões e possibilidades do Estado causar danos aos cidadãos são imensas. Não só aos cidadãos, mas também, naturalmente, às pessoas jurídicas”²⁵⁰.

A norma constitucional fixou a responsabilidade estatal pelos danos causados por seus agentes. Veja o teor do parágrafo 6º, do Art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º 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.

Destarte, a responsabilidade estatal é mais ampla do que a sua conceituação pode fazer crer, uma vez que acolhe também os danos causados por pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, podendo, em outro momento, haver maior aprofundamento acerca de quem são as pessoas jurídicas que atraem tal tipo de responsabilidade e depreender o que pode ser considerado na atualidade como serviços públicos diante da ótica de um Estado Prestacional.

Há atividades que não se permitem serem delegadas pelo poder público, como as forças armadas e a diplomacia, por exemplo. Enquanto se considera que outras podem e são delegadas aos particulares, tais como a telefonia, transporte urbano, serviços notariais, de registro e outros, exercidos mediante delegação do poder público.

²⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga, *Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Bahia. 6ª Ed. Jus Podivum. 2016, p. 604.

sumário

Para o serviço público, o cidadão não comparece apenas como cidadão, mas como usuário do respectivo serviço transferido aos particulares pelo Estado.

Conforme interpretação conferida por CENEVIVA, existem diversas espécies de delegação de serviços públicos, as quais podem se dar no âmbito Legislativo, Executivo e Judiciário. O jurista considera que a delegação do artigo 236, tal seja, dos serviços extrajudiciais, seja de caráter administrativo. Sendo assim, o Poder Executivo é o responsável por sua delegação.

Neste sentido, é certo que usuários dos serviços extrajudiciais, e até mesmo terceiros, devem ser indenizados em caso de eventual dano ocorrido no exercício de tais serviços, na busca de uma compensação patrimonial.

RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO NO CDC

O código consumerista versa sobre a incidência de responsabilidade civil e consumerista ao Poder Público, já que existe a possibilidade de figurar no polo passivo da relação consumerista, na condição de fornecedoras de bens ou prestadora de serviços, isto é, na condição de entes administrativos, com personalidade de Direito Privado.

O Art. 22 do CDC dispôs, *in verbis*:

Art. 22 – Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único – Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as

sumário

peessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

Em relação aos serviços prestados pelos notários e oficiais registradores, prevalecem, na doutrina e na jurisprudência, que estamos diante de entes despersonalizados, desprovidos de patrimônio próprio, que não possuem, assim, personalidade jurídica, até mesmo para não exercer atividade de empresa ou se caracterizar como uma entidade.

Considerados apenas agentes delegados, os notários e oficiais registradores não exercem qualquer cargo público, já que as atividades, revestidas de estatalidade, são delegadas pelo Poder Público e, por tal motivo, são submetidas ao regime de Direito Público.

Logo, agem como se fossem o próprio Estado, com autoridade (fé pública), no interesse da sociedade, e têm o escopo de garantir os princípios insculpidos na Lei 8935/1994.

A organização da atividade é regulada por lei e os serviços prestados estão submissos ao controle e fiscalização permanente do Poder Judiciário, não sendo necessária a elaboração de atos constitutivos e tampouco o seu arquivamento na Junta Comercial, ou sequer no Ofício de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Coadunado com essa constatação, Regnoberto Marques de Melo Junior dá o seguinte destaque:

Vale ponderar de logo que os serviços notariais e registrais (cartórios) não possuem personalidade jurídica. São meras divisões administrativas nas quais os notários e registradores exercem o seu mister, através de delegação estatal. (...) É manifesto que não há “atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Os serviços notariais e de registro não praticam atos. Quem os pratica, prescinde referir, são os notários e registradores e seus prepostos, contratados pelo regime celetista. (2005, p.2)

sumário

Com isso, é possível depreender que o serviço público delegado aos notários e oficiais registradores não está acolhido no Art. 22 do CDC, e sua responsabilização é dotada de regulamentação “específica”, tendo em vista a previsão especial contida na Lei 8935, de 18.11.1994, que dá a regulamentação prevista no Art. 236 da CRFB, Lei n.º 8.935/94, permitindo inferir que a atividade em comento se subordina à legislação especial, promulgada após a vigência do CDC.

INAPLICABILIDADE DO CDC AOS SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS

Por não se revelar uma relação de clientela, mas uma relação de autoridade estatal, considera-se que o poder certificante dos notários e oficiais registradores, ao deter a fé pública, desempenha, nesse contexto, uma função eminentemente pública.

Antes de se adentrar a análise do citado julgamento, convém esclarecer que a relação jurídica estabelecida entre as serventias extrajudiciais e os seus usuários não se aplica às normas gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - CDC aos serviços prestados pelos notários e oficiais de registro, não sendo cabível a responsabilização destes por danos causados pelo fato do serviço prestado.

Segundo o doutor e professor WALTER CENEVIVA²⁵¹, *in verbis*:

Apesar do amplo espectro abarcado pela lei do consumo, meu entendimento é o de que não se aplica aos registradores. Sendo embora delegados do Poder Público e prestadores de serviço, sua relação não os vincula ao “mercado de consumo” ao qual se destinam os serviços definidos pelo Código do Consumidor (art. 3º, §2º). Mercado de consumo é o complexo de negócios realizados no País com vistas ao fornecimento

²⁵¹ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. São Paulo. Saraiva. 2009.

sumário

de produtos e serviços adquiridos voluntariamente por quem os considere úteis ou necessários. O serviço registrário, sendo em maior parte compulsório e sempre de predominante interesse geral, de toda sociedade, não se confunde com as condições próprias do contrato de consumo e a natureza do mercado que lhe corresponde.

Na Jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o STF, após se coadunar com a maioria da doutrina, pôs uma pá de cal reconhecendo a natureza tributária de taxas remuneratórias do referido serviço público aos emolumentos.

STJ - TRIBUTÁRIO – CONCEITOS DE CONTRIBUINTE E CONSUMIDOR – EQUIPARAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE. A relação de consumo não guarda semelhança com a relação tributária, ao revés, dela se distancia, pela constante supremacia do interesse coletivo, nem sempre encontrado nas relações de consumo. O estado no exercício do *jus imperii*, que encerra o Poder Tributário, subsume-se às normas de Direito Público, constitucionais, complementares e até ordinárias, mas de feição jurídica diversa da do Código de Defesa do Consumidor. Sob esse ângulo, CTN é *lex specialis* e derroga a *lex generalis* que é o CDC.

STJ - ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL – PAGAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA. Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN, sendo nítido o caráter tributário da taxa. Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e remunerados por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC.

STF – CONSTITUCIONAL – REGISTROS PÚBLICOS. A atividade que desenvolvem os titulares das serventias, mediante delegação, e a relação que estabelecem com o particular são de ordem pública. Os emolumentos são taxas remuneratórias de serviços públicos.

sumário

Destarte, o usuário qualifica-se como mero contribuinte de taxa remuneratória do serviço público prestado. O professor Sacha Calmon Navarro Coelho²⁵² relata:

Aceite-se, sem discepção, que as custas e os emolumentos são taxas pela prestação dos serviços públicos ora ligados à certificação dos atos e negócios, ora conectados ao aparato administrativo e cartorial que serve de suporte à prestação jurisdicional. Nada impede que o legislador cobre taxas pela prestação dos serviços públicos, específicos e divisíveis, ligados à certificação de atos e negócios ou ligados à prestação jurisdicional. Nada o impede de destinar a outros fins o produto arrecadado. O Estado não está obrigado a aplicar apenas no setor público que gerou o produto da arrecadação da taxa e, desde que a lei permita, poderá direcioná-lo até mesmo para pessoas (tabeliães) ou instituições, com o fito de cooperar em fins assistenciais e previdenciários (fins públicos). É que para a caracterização jurídica da taxa é irrelevante o destino de sua arrecadação.

A simples essência dos serviços notariais e de registro exclui qualquer possibilidade jurídica de identificá-los como relação de consumo, uma vez que tais atividades, diretamente ligadas à Administração Pública, são reconhecidas como o poder certificante dos órgãos da fé pública. A natureza pública dos atos notariais e registrais impõe permanente fiscalização pelo Poder Judiciário e subordinação à disciplina e instruções da Corregedoria de Justiça de cada Estado. A atípica atividade notarial e registral subordina-se à legislação especial, algumas promulgadas após o Código de Defesa do Consumidor, não podendo com ele coexistir em face da incompatibilidade de seus preceitos.

No entendimento de Cláudia Lima Marques²⁵³, acerca do serviço público prestado à sociedade:

Serviços públicos sob incidência do CDC: Segundo a definição de serviço do art. 3º do CDC, somente àqueles serviços pagos,

²⁵² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1999.

²⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª Ed. São Paulo. RT.

sumário

isto é, como afirma o §2º, “mediante remuneração”, serão aplicadas as normas do CDC. Em uma interpretação literal da norma, os serviços públicos *uti universi*, ou seja, aqueles prestados a todos os cidadãos com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista pelo CDC. (...) – serviço público *uti universi* – não incluído no campo de aplicação do CDC, relação de cidadania (remuneração por tributos em geral e por algumas taxas, como a taxa judiciária etc.).

Pelo exposto, a relação entre os cartórios extrajudiciais e os contribuintes é de ordem pública, de Direito Público e de interesse coletivo, não havendo qualquer previsão normativa ou possibilidade de aplicação das normas gerais contidas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Ademais, tal prestação de serviço não enseja qualquer vinculação contratual, evidenciando, assim, a inaplicabilidade das normas de consumo.

RESPONSABILIDADE PELA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS RELACIONADOS AOS REGISTROS PÚBLICOS

O § 1º do art. 236 da CRFB, por sua vez, remete ao legislador a tarefa de disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e dos seus prepostos.

Até a promulgação da CRFB, em 1988, a Lei Federal nº 6015/1973 (Lei dos Registros Públicos - LRP), em seu art. 28, estabelecia a responsabilidade pessoal e subjetiva dos oficiais de registro.

Com o advento da Lei 9492/1997, houve dispositivo específico acerca da responsabilidade subjetiva dos tabeliães de protesto



sumário

de títulos, os quais são pessoalmente responsáveis por todos os prejuízos causados, por dolo ou culpa, pelos substitutos designados ou escreventes autorizados, assegurado o direito de regresso, conforme exposto no Art.38.

Já sob a sua vigência, o art. 22 da Lei nº 8935/1994, alterado pela Lei nº 13137/2015, consagrou a responsabilidade civil objetiva dos notários e oficiais de registro, assegurado o direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos seus prepostos.

A falta de clareza da redação originária da Lei nº 8935/1994 sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil dos notários e registradores, é objeto de constantes alterações e percepções.

Sob a égide da Lei Federal nº 13286/2016, o Art. 22 da Lei nº 8935/1994 passou a prever a responsabilidade subjetiva (dolo ou culpa) dos notários e oficiais registradores, mantendo a possibilidade de direito de regresso, excluindo tais serviços do regime da responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo.

Contudo, as controvérsias em torno do tema de repercussão geral sob o nº 777 permanecem, já que a questão envolve a compatibilidade dos citados diplomas legais com os Arts. 37, § 6º, e 236, *caput*, da CRFB.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 842.846 EM TRÂMITE PERANTE O STF

O caso em tela envolve uma ação ordinária com pedido de indenização feito por um cidadão em decorrência de erro da serventia extrajudicial ao emitir a certidão de óbito de sua esposa. Segundo consta nos autos, o erro na grafia do nome da falecida na certidão de

sumário

óbito, ocorrido em julho de 2003, teria impedido o viúvo de requerer o benefício previdenciário da pensão por morte junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina condenou o Estado ao pagamento de um salário mínimo mensal, entre 26 de julho de 2003 e 21 de junho de 2006, considerando o período entre a data do erro constante na certidão de óbito e a data da concessão do benefício após retificação do documento por via judicial, inclusive, com acréscimo de atualização monetária e de juros moratórios.

Existe uma parcela da doutrina que sustenta que a responsabilidade é direta e objetiva do Estado, uma vez que os notários e oficiais registradores exercem função pública, mediante aprovação em concurso público, razão pela qual se enquadram no conceito de agente público²⁵⁴. Haveria, ainda, responsabilidade subjetiva e pessoal dos notários e oficiais registradores, considerando-se que a vítima poderia acionar o Estado, e este tem a ação regressiva em face do titular do cartório; ou poderia acionar diretamente o titular do Cartório, que terá ação regressiva contra o seu funcionário causador do dano (art. 22 da Lei 8935/1994, antes da alteração promovida pela Lei 13286/2016; art. 38 da Lei 9492/1997 e art. 37, § 6º, da CRFB).

De outro lado, há o entendimento doutrinário que preza pela responsabilização pessoal e objetiva dos notários e oficiais registradores brasileiros, em razão da prestação de serviço público delegado, e subsidiária do Estado, na forma do art. 37, § 6º, da CRFB e art. 22 da Lei n.º 8.935/1994, antes da alteração promovida pela Lei 13.286/2016²⁵⁵.

Os notários e registradores, de um lado, possuem responsabilidade primária e objetiva pelos danos causados a terceiros, e, de outro

²⁵⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 577.

²⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 75-76.

sumário

lado, o Estado possui responsabilidade subsidiária, quando insuficientes os recursos dos delegatários para indenizar a vítima²⁵⁶.

Ainda existe corrente doutrinária que apresenta o posicionamento de que a responsabilidade civil seria solidária e objetiva dos notários, oficiais registradores e Estado, na forma do art. 37, § 6º, da CRFB e art. 22 da Lei 8935/1994²⁵⁷.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) não possui pacificação sobre a temática, mas sim decisões conflitantes, ora reconhecendo a responsabilidade objetiva e direta do Estado (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.005.878/GO, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11/05/2009), ora asseverando ser a responsabilidade pessoal e objetiva dos notários e oficiais registradores, e subsidiária do Estado²⁵⁸.

No julgamento do STF, de 27 de fevereiro de 2019, manifestaram-se, na tribuna, o procurador do Estado de Santa Catarina – que defendia a responsabilização estatal apenas subsidiária, cabendo ao agente responsável pelo erro responder pelo dano – e, na condição de *amicus curiae* (amigos da Corte), o Dr. Dixmer Vallini Netto, representante da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR), o Dr. Maurício Garcia Pallares Zockun, do Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil (IEPTB) e o Dr. Rui Celso Reali Fragoso, do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal.

As entidades notariais defenderam que as serventias extrajudiciais prestam serviços ao Estado e atuam em nome dele, e que, por se tratar de delegação de atividade, deveria o Estado responder pelos danos, cabendo eventualmente ação de regresso de ressarcimento

²⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Método, 2016. pp. 758-760.

²⁵⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 266.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, AgRg no REsp 1377074 / RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 23/02/2016; STJ, 2ª Turma, REsp 1.087.862/AM, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/05/2010, Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 421.

sumário

contra o delegatário em caso de comprovação de dolo ou culpa, reiterando pleitos de reafirmação da jurisprudência do STF no sentido de que o Estado responde diretamente pelos danos.

O Ministro Luiz Fux, ora relator, em seu voto, nega provimento ao recurso para manter o acórdão do TJ-SC, e reconhecer que o Estado responde objetivamente pelo dano, assegurado o direito de regresso em caso de dolo ou culpa, mantendo a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira ao considerar o Estado o responsável direto para responder por danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções, conforme disposto no Art. 37 da CRFB – “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”.

Na oportunidade, ressaltou que a atividade notarial e registral, por serem eminentemente públicas, sujeitam seus agentes à fiscalização estatal, conforme estabelece a Constituição, que autoriza ao legislador ordinário disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Acompanharam o relator os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes e o presidente do STF, Dias Toffoli. Tiveram seus votos vencidos, em partes, os ministros Edson Fachin e Roberto Barroso, e o voto do ministro Marco Aurélio foi vencido integralmente.

O ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator, acrescentando que a questão não está na exclusão da responsabilidade objetiva do Estado, mas também na previsão da responsabilidade subjetiva dos agentes delegados, que, embora exerçam função pública, não possuem vínculos com o serviço público.

sumário

A ministra Rosa Weber ressaltou que existe a garantia do direito de regresso do Estado contra os cartorários na hipótese de responsabilidade subjetiva - “Aí teria de ser informada, nesse caso, por dolo e culpa”.

Nessa mesma linha, a ministra Cármen Lúcia deu mais destaque ao entendimento de que deve ser obrigatório ao Estado o regresso de culpa ou dolo ao agente. “Mantenho decisão do tribunal no sentido de ser possível, e responsabilizando o Estado de Santa Catarina sem embaraço de que possa ser acionado também o agente e sem embargo de rediscutirmos o tema em outro momento. Tenho sempre enfatizado que é obrigatório o regresso de dolo ou culpa”, disse a ministra.

O ministro Ricardo Lewandowski alegou ter mudado de entendimento ao acompanhar o debate promovido pelos colegas em Plenário. “Precisamos ouvir os argumentos para firmar convicção. Depois dos debates, acabo optando pela solução do relator. A jurisprudência reafirma aquilo que está contido no art. 236 da Constituição Federal, que assenta que os serviços notariais e de registros são exercidos por particulares, mas por delegação do Estado. Então, em última análise, o Estado é responsável. É uma atividade submetida ao regime de direito público”, explicou.

Em outro sentido, o ministro Edson Fachin se manifestou pela definição da posição do Estado na responsabilidade civil diante de danos causados a terceiros por delegação de serviço público, defendendo uma nova reflexão sobre o tema. Defendeu também que o ato notarial de registro, que provoca danos a terceiros, gera ao Estado responsabilidade objetiva, mas apenas subsidiária, votando pelo provimento parcial do recurso para acolher a tese da possibilidade de serem simultaneamente demandados na ação, tanto o tabelião quanto o Estado, mas mantendo, no caso concreto, a sentença de procedência.

O ministro Luís Roberto Barroso adotou uma terceira via para o julgamento da matéria. Ele considera tanto a responsabilização

sumário

do Estado, que deve ser subjetiva, quanto a dos tabeliães e oficiais registradores, mas não se deve, segundo ele, transferir o ônus da prova totalmente para o demandante. Sugeriu uma reavaliação do ônus da prova, de forma a não ficar tão díspar um dissídio entre um particular e uma serventia extrajudicial. Acompanhou o relator no caso concreto e negou provimento ao recurso em conformidade com a jurisprudência da Corte. Entretanto, para fins de repercussão geral, sugeriu que novas ações em casos semelhantes sejam ajuizadas contra o tabelião ou registrador, sendo facultado ao autor incluir o Estado no polo passivo para fins de responsabilidade civil.

Em divergência integral, o ministro Marco Aurélio ficou vencido e deu provimento ao recurso, citando o parágrafo 6 do art. 37 na CRFB, o qual dispõe que 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.

No entanto, para o ministro, não se pode estender a situação dos cartórios notariais ao disposto no referido dispositivo constitucional, porque há uma regra específica quanto aos cartórios. Com isso, ele endossou a responsabilidade direta do titular do cartório e uma responsabilidade indireta do Estado.

Com tal controvérsia, após longo decurso de tempo, o feito encontrou-se pendente de julgamento quanto aos embargos de declaração opostos pelo Estado de Santa Catarina, juntado aos autos em 27 de agosto de 2019, em face do respeitável acórdão:

O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. Essa foi a tese fixada pelo Plenário, ao negar provimento, por votação majoritária, a recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida (tema 777), interposto pelo estado de Santa Catarina contra

sumário

acórdão que o condenou ao pagamento de indenização por danos decorrentes de erro na elaboração de certidão de óbito, que impediu viúvo de obter benefício previdenciário. (...) A maioria dos ministros reafirmou entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à responsabilidade direta, primária e objetiva do Estado, contida na regra prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF/1988), pelos danos que tabeliães e oficiais de registro, no exercício de serviço público por delegação, causem a terceiros. Também fixou orientação no sentido do dever estatal de acionar regressivamente o agente público causador do dano, por dolo ou culpa, considerado o fato de a indenização ser paga com dinheiro público. Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux (relator), que rememorou a jurisprudência da Corte sobre a matéria e afastou a possibilidade de se extrair a responsabilidade objetiva dos notários e registradores do art. 37, § 6º, da CF/1988. Salientou a natureza estatal das atividades exercidas pelos tabeliães e registradores oficiais. Essas atividades são munidas de fé pública e se destinam a conferir autenticidade, publicidade, segurança e eficácia às declarações de vontade. Ademais, consoante expressa determinação constitucional, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público, e os atos de seus agentes estão sujeitos à fiscalização estatal (CF/1988, art. 236). Segundo o ministro Fux, não obstante os serviços notariais e de registro sejam exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, a responsabilidade civil desses agentes públicos está disciplinada, de forma expressa, em norma de eficácia limitada, na qual foi definida a competência do legislador ordinário para regular a matéria (CF/1988, art. 236, § 1º). Isto é, a própria Constituição Federal retirou o assento constitucional da regulação da responsabilidade civil e criminal dos notários, relegando-a à autoridade legislativa. Frisou, no ponto, que o art. 22 da Lei 8.935/1994, na redação dada pela Lei 13.286/2016, regulamenta o art. 236 da CF/1988 e prevê que os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. A disciplina conferida à matéria pelo legislador consagra a responsabilidade civil subjetiva dos

sumário

notários e oficiais de registro. Portanto, não compete ao STF fazer interpretação analógica e extensiva, a fim de equiparar o regime jurídico da responsabilidade civil de notários ao das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (CF, art. 37, § 6º). Ademais, ressaltou que o art. 37, § 6º, da CF/1988 se refere a 'pessoas jurídicas' prestadoras de serviços públicos, ao passo que notários e tabeliães respondem civilmente como 'pessoas naturais' delegatárias de serviço público, nos termos do referido dispositivo legal²⁵⁹.

Na Sessão Virtual de 12 de junho de 2020 a 19 de junho de 2020, o Tribunal, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do voto do Relator, constando que:

1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando inocorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do artigo 1.022 do CPC/2015. 2. In casu, o Plenário desta Suprema Corte, apreciando o Tema 777 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a tese nos seguintes termos: "O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa".
3. O dever de regresso das pessoas jurídicas de direito público contra seus agentes responsáveis por danos, nos casos de dolo ou culpa, foi objeto de profundo e reiterado exame pelos Ministros da Corte no âmbito do acórdão embargado, inexistindo qualquer vício de omissão quanto ao tópico.
4. As questões alusivas à (i) compatibilidade entre o dever de regresso previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e as leis estaduais que fixam um valor mínimo para a proposição de ações de regresso e (ii) à modalidade de culpa que inaugura a responsabilidade civil do Estado, consubstanciam matérias inéditas, que refogem à discussão posta nestes autos e ultrapassam o *thema decidendum*.

²⁵⁹ RE 842.846, rel. min. Luiz Fux, j. 27-2-2019, R. Informativo 932, Tema 777.

sumário

5. A ausência de vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015 torna inviável o acolhimento dos presentes embargos.

6. Embargos de declaração DESPROVIDOS.

Desta feita, a demanda atualmente se encontra consolidada com a certificação de trânsito em julgado, desde o dia 19 de agosto de 2020.

Em suplemento, torna-se razoável apostar no posicionamento que vem sendo utilizado de forma recorrente nos acórdãos²⁶⁰, proferidos pela 2ª Turma da Suprema Corte, no sentido da responsabilidade direta e objetiva do Estado pelos danos causados pelos notários e oficiais registradores, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Por fim, a jurisprudência de alguns dos Tribunais de Justiça já ilustra a questão da responsabilização sob a ótica do que fora recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a saber:

TJMS. 0601065-54.2012.8.12.0000. J. em: 09/02/2021. (...). JULGAMENTO DO TEMA 777 PELO STF - RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES QUE CAUSEM DANOS A TERCEIROS - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO - AFASTADA - JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO. O STF, ao apreciar o RE 842.846. RG (tema 777) e reconhecer a responsabilidade civil OBJETIVA do Estado para reparar danos causados a terceiros pelos tabeliães, assegurando o dever de regresso contra o responsável, consignou que **A RESPONSABILIDADE DO ESTADO, É DIRETA, PRIMÁRIA E SOLIDÁRIA**, premissa que permitia concluir que, além da já reconhecida possibilidade de questionamento da RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO DELEGATÁRIO, a responsabilidade objetiva do Estado incidiria na modalidade solidária. Estando a decisão interlocutória e o acórdão deste Tribunal em evidente contrariedade aos julgados paradigmas, o juízo de retratação deve ser exercido.

²⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, RE 209.354 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16/04/1999, p. 19; STF, 2ª Turma, AI 522.832 AgR/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 055 28/03/2008; STF, 2ª Turma, RE 551.156 AgR/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 064 03/04/2009; STF, 2ª Turma, RE 518.894 AgR/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJE 183 23/09/2011.

sumário

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil dos notários e oficiais registradores brasileiros, no exercício do serviço público, sempre foi objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, e está em vias de receber um novo capítulo, mesmo após a promulgação da Lei Federal nº 13286, que estabeleceu a responsabilidade civil subjetiva dos notários e oficiais de registro a fixar o prazo prescricional de 3 anos à pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial.

De fato, a recente alteração legislativa deu novo cenário à questão. A Suprema Corte Brasileira se posicionou de forma a garantir segurança jurídica ao tratamento da responsabilidade civil dos notários, oficiais registradores e Estado, quando da conclusão do julgamento do RE 842.846 RG/SC no ano de 2020.

A temática disse respeito, em síntese, a saber qual a extensão da responsabilidade civil dos tabeliães e oficiais de registro por danos causados a terceiros no exercício de suas funções: se direta ou subsidiária, e se subjetiva ou objetiva. É salutar que se pacifique controvérsia sobre qual a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos seus delegatários.

Torna-se imperioso definir, à luz da carta magna, qual o tipo de responsabilidade civil que rege a atuação dos tabeliães e notários (se objetiva ou subjetiva), além de saber se o Estado-membro, ao qual estes agentes se acham vinculados, deve responder em caráter primário, solidário ou subsidiário em relação aos notários e oficiais registradores.

Como se sabe, em situações correlatas, em que há uma atuação de preposto do poder público e, como mencionado linhas atrás, os notários e oficiais registradores assim devem ser considerados, pois a responsabilidade civil por danos decorrentes de tal atuação é objetiva.

sumário

O Estado é sim parte legítima para figurar no polo passivo da referida demanda, posto que, malgrado o serviço de registros públicos seja exercido por particulares (regime privado), trata-se de atividade delegada pelo Poder Público, sob fiscalização do Poder Judiciário.

A decisão da Suprema Corte traz consigo certa tranquilidade aos notários e registradores, pois não serão demandados pelos particulares, nem denunciados à lide, já que fora reconhecida apenas a possibilidade de responderem, subjetivamente, em via de regresso.

Logo, já delimitada a responsabilidade direta e objetiva do Estado, pelos danos causados por parte dos notários e oficiais registradores, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa haverá completa dissonância e supervenientes questionamentos quanto à constitucionalidade da previsão contida na Lei Federal 13286, ao estabelecer que a responsabilidade recairia objetivamente sobre os Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro, e sobre o posicionamento recentemente firmado pela Suprema Corte Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

ALVES, Sonia Marilda Péres. *Responsabilidade Civil de Notário e Registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação*. Revista de Direito Imobiliário, IRIB, nº 53, ano 25, Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – RE 842846 – Rel. Min. Luiz Fux – Tribunal Pleno – DJ 19.09.2003.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo. RT. 2007.

CARMARGO NETO, Mario de Carvalho. *Registro Civil das Pessoas Naturais. Coleção Cartórios*. São Paulo. Saraiva. 2014.

sumário

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed., São Paulo. Atlas. 2007.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. São Paulo. Saraiva. 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1999.

EL DELBS, Martha. *Legislação Notarial e de Registros Públicos comentada*. Bahia. Jus Podivm. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos – Teoria Geral e Espécie de Contratos*. Bahia. 6ª Ed. Jus Podivum. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga, *Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Bahia. 6ª Ed. Jus Podivum. 2016.

LENZA, Pedro; *Direito Constitucional Esquematizado*, 23ª Ed. Editora: São Paulo. Saraiva. 2019.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos – Teoria e Prática*. São Paulo. Método. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª Ed. São Paulo. RT.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed., São Paulo. Malheiros. 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros. 1998.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. *Da Natureza Jurídica dos Emolumentos Notariais e Registrais*. Jus Navigandi. Teresina. a. 9. nº 591. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo. Método. 2016.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo. Saraiva. 2009.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 22. Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

8

Steverson Marcus Salgado Meireles Linhares

A APLICAÇÃO CONTRATUAL DA CLÁUSULA PENAL

THE CONTRACTUAL
APPLICATION
OF THE CRIMINAL
CLAUSE

DOI: 10.31560/PIMENTACULTURAL/2021.100.218-243

sumário

RESUMO:

Este artigo visa analisar o instituto da cláusula penal contratual, abordando suas características e as devidas funções para garantir o cumprimento das obrigações pactuadas pelas partes. A aplicação desse instituto visa resguardar as partes no momento da contratação, fortalecendo a sua autonomia real. Vale ressaltar que o Código Civil atual não define tal instituto, ficando a cargo da doutrina tecer um conceito sobre a sua finalidade. Partindo dessa premissa, o presente artigo pretende demonstrar a relevância dessa cláusula nos contratos atuais. Para tanto, como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica exploratória e a análise qualitativa. Os resultados alcançados com este trabalho servirão como subsídio e suporte no processo de elaboração contratual e intelectual para os operadores do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Cláusula penal. Função. Cumprimento das obrigações.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the institute of the contractual penal clause, addressing its characteristics and the due functions to ensure compliance with the obligations agreed upon by the parties. The application of this institute aims to protect the parties at the time of contracting, strengthening the parties' real autonomy. It is noteworthy that the current Civil Code does not define such an institute, leaving the doctrine in charge of weaving a concept about its purpose. Based on this premise, this present article demonstrates the relevance of this clause in current contracts. Therefore, as a methodology, exploratory bibliographic research and qualitative analysis were used. The results achieved with this work will serve as subsidy and support in the contractual and intellectual drafting process for law operators.

KEYWORDS: Contracts. Criminal clause. Occupation. Fulfillment of obligations.

sumário

INTRODUÇÃO

O Código de 1916 objetivava findar-se em si, ou seja, almejava a completude. Com intento de regulamentação casuística, e em tudo que representasse eventual conflito de interesses, algo incongruente surgia com a dinâmica das relações privadas. Mesmo o legislador antevendo possíveis conflitos, novos podem surgir a todo instante. Ainda em caso do legislador vislumbrar quaisquer possíveis conflitos, estamos em tempos suscetíveis aos avanços tecnológicos, e não se poderia dar suporte a todas as possíveis soluções diante de novas conjunturas casuísticas.

Evitando essa situação, dão espaço para as chamadas cláusulas gerais, que representam uma técnica legislativa, que são normas dotadas de maior abrangência, e postulam expandir possibilidades. Dadas características são alguns exemplos delas: boa-fé objetiva e função social do contrato. Essas podem ser instrumento adequado a fim de se solucionar novas possibilidades de conflitos não antevistos pelo legislador, conferindo maior abrangência de possibilidades e adaptações em situações fatídicas, justamente por serem, de antemão, abstratas.

Há certo desconforto crítico às cláusulas gerais sobre a insegurança jurídica, por cederem discricionariedade ao julgador. Existe a visão argumentativa acerca da liberdade do julgador não ser absoluta, restringida pelos princípios constitucionais, representando uma baliza, um limite axiológico da aplicação e de como interpretar as cláusulas gerais. Essas são dispostas em contratos, visando dar parâmetro às condutas e obrigações entre as partes. São essas cláusulas as produtoras de efetividade jurídica prevista em acordo.

Ademais às cláusulas tradicionais, têm-se as especiais, que podem ser adicionadas no contrato com finalidade de garantia. Entre elas, pode-se destacar a cláusula penal, que, no Direito Civil, tratar-se-á enquanto disposição contratual acessória, em caso de

sumário

indenização suplementar, pela qual são determinadas sanções às partes inadimplentes, ou, caso esteja em situação de mora, para com suas obrigações contratuais. Conhecida, de forma popular, como uma forma de sanção civil, essa, a cláusula penal, objetiva evitar retardo e, em alguns casos, o inadimplemento de devidas obrigações contratuais por meio de aplicação de penas e multas.

“Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato, se não cumprir ou fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual”²⁶¹.

Podendo ser consideradas como reforço de obrigações, essa deve ser voluntária, aplicando-se em contratos, ou a outro ato jurídico, impondo-se sanção econômica, em espécie ou outro bem pecuniariamente estimável, contra devida parte que deixa o cumprimento de alguma obrigação pendente.

Por intermédio dela é que se consegue estipular pena devida pelo inadimplente ou terceiro, com fins de garantia ao cumprimento de obrigação prevista em contrato. Segundo o art. 412 do Código Civil, o valor da indenização previsto pela cláusula penal não pode, em hipótese alguma, ser maior do que a obrigação principal prevista no contrato.

Como se trata de obrigatoriedade acessória, a forma segue a obrigação principal, assim como a existência e aplicabilidade dependente de obrigação principal. Dessa forma, cumprindo a obrigação principal, a cláusula penal é resoluta.

²⁶¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2018.

sumário

Porém, o art. 409 do Código Civil permite que a cláusula penal possa ser estipulada em ato posterior à celebração contratual, como um contrato acessório. Nesse caso, reconhece-se existência de duas obrigações diversas.

De forma que a invalidade da obrigação principal implica a da cláusula penal, mas a invalidade desta não induz a daquela, como ordena o art. 184 do Código Civil:

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

O rol presente no Código Civil, entre os artigos 408 ao 416, é exemplificativo, afinal, desde que não seja infringida a lei, e estabelecidas em acordo, as partes estabelecem cláusulas penais em seus contratos, encaixando-se em duas espécies: a compensatória e a moratória.

Para a cláusula penal compensatória, o pagamento da multa estipulada exonera o devedor do cumprimento da obrigação principal. Nesse caso, considera-se a espécie de cláusula substitutiva, sanando indenização ora devida pelo não cumprimento da obrigação principal.

Para a cláusula penal moratória, deriva da inadimplência a obrigação principal. O devedor que não cumpre com o estabelecido deve pagar o previsto na obrigação principal, com acréscimo de cláusula moratória.

Temos como exemplos de cláusulas penais tipificadas e com aplicabilidade em contratos brasileiros: multas previamente estabelecidas em casos de atraso de prestações pecuniárias, em aluguéis, no cumprimento de obras, rescisão contratual etc.

sumário

Como vantagem desse pré-estabelecimento, pode-se dar destaque a sua funcionabilidade ressarcitória. Estabelecendo-se, previamente, perdas e danos que podem acontecer pelo credor, e ainda a sua função coercitiva, oferecendo segurança psicológica de que o devedor, a partir da contratação, é ciente dos valores indenizatórios e de multa, caso não cumpra as devidas obrigações.

INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Aspectos gerais do inadimplemento das obrigações

No geral, todas as obrigações devem ser devidamente cumpridas. Em casos de descumprimentos é que ocorre o chamado inadimplemento, conceituado por Caio Mário da Silva Pereira²⁶² da seguinte maneira:

“Inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida. Conforme a sua natureza (de dar, de fazer, de não fazer), o devedor está adstrito à entrega de uma coisa, certa ou incerta, à prestação de um fato, a uma abstenção. Qualquer que seja esta prestação, o credor tem direito ao seu cumprimento, tal como constitui seu objeto, o que envolve o poder do credor, a que o devedor se submete, pela própria força do *iuris vinculum*”.

No âmbito do Código Civil de 1916, o princípio da *pacta sunt servanda* era visto como um valor absoluto, ou seja, os pactos sempre deveriam ser cumpridos.

²⁶² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações. Ed. Forense: 2014, Rio de Janeiro.

sumário

Em vista moderna, essa questão de adimplemento e inadimplemento, também, sofre influência da constitucionalização do Direito Civil, pois não basta analisar a ocorrência ou não do cumprimento do pacto antes firmado, há questões que cercam a obrigação principal (deveres anexos), dos quais se tem o devido respaldo diretamente no ordenamento jurídico.

Espécies de Inadimplemento

Absoluto e relativo são as principais formas de inadimplemento. Absoluto é o que se encaixa no caso de não mais interesse para o credor de que as obrigações sejam cumpridas, por tornarem-se inúteis. No caso do relativo, ainda que em descumprimento de obrigação, ainda há interesse para o credor.

Pode-se dividir em total ou parcial, no caso de total, tratar-se-á do que tange total desobrigação; já no parcial, finda-se parte da obrigação. Outra classificação díspar é o inadimplemento absoluto, definitivo ou relativo, sinônimo de mora. Nesses casos, verifica-se que não se deve atrelar a lógica de inadimplemento total ao absoluto, nem a lógica do parcial ao relativo.

O pressuposto para a mora é que a prestação ainda é útil ao credor, já o inadimplemento absoluto pressupõe a inutilidade da prestação ou a impossibilidade de cumprimento.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem:

[...] ambos referem-se ao descumprimento da prestação principal: dar, fazer ou não fazer. Enquanto o inadimplemento absoluto, porém, resulta da completa impossibilidade de cumprimento da obrigação, a mora é a sanção pelo descumprimento

de uma obrigação que ainda é possível, pois, apesar de ainda não realizada, há viabilidade de adimplemento posterior²⁶³.

Violação Positiva do Contrato

Sob a óptica de parte da doutrina, há duas formas de categorização tradicionais, o formato absoluto e o relativo, os quais se tornaram insuficientes à luz da boa-fé, resultando em uma terceira modalidade de inadimplência e violação positiva do contrato. Logo, se manifesta pelo não cumprimento dos deveres anexados na obrigação principal, de qualquer tipo, de informação de sigilo ou cooperação.

A partir da transgressão do anexo, existe inadimplência contratual. Em princípio, a violação fica como dever anexo, que não tem encaixe perfeito, tanto na mora quanto no caso absoluto. Ora, o próprio surgimento dos deveres anexos já deixa em evidência a insuficiência das duas demais categorias tradicionais.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal²⁶⁴ aliam entendimento no seguinte sentido:

“... para além das obrigações delineadas por seus partícipes, o negócio jurídico é modelado, em toda a sua trajetória, pelos chamados deveres anexos ou laterais, oriundos do princípio da boa-fé objetiva. Enquanto as obrigações principais são dadas pelas partes, os deveres anexos são impostos pelas necessidades éticas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de sua inserção em qualquer cláusula contratual”.

²⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

sumário

A partir deste prisma, trata-se que na prática efetiva da violação de deveres anexos é que se dão as perdas e danos. Em outras palavras, as consequências da transgressão de deveres anexos seriam as consequências típicas do inadimplemento.

Judith Martins Costa²⁶⁵ defende a diferença de tratamento entre os chamados deveres anexos de proteção e os deveres anexos de prestação. Na sua perspectiva, os deveres anexos de prestação estão intimamente ligados ao pagamento, no sentido de pagamento voluntário da prestação. Exemplo: o fornecedor ou o alienante entrega para o adquirente o produto sem o manual de instruções, sendo que na utilização do produto o manual é elemento de extrema necessidade. Haveria, assim, violação do dever anexo de prestação, pois o dever anexo estaria atrelado à plena satisfação da prestação acordada.

Diferentemente do dever anexo de proteção, este não tem íntima coligação com o que foi contratado. Exemplo: um pintor, um célebre artista, é contratado para a pintura de uma casa, e tal profissional faz o trabalho devidamente, mas, no decorrer do serviço, o pintor revela à mídia uma informação privada que obteve no desempenho do seu serviço. Neste caso, há violação do dever anexo de proteção (sigilo).

A Judith Martins Costa²⁶⁶ defende que, se há violação ao dever anexo de proteção, há violação positiva do contrato. Em hipótese de haver violação a dever anexo de prestação, ensejará mora ou inadimplemento absoluto. Assim, segundo a referida autora, somente há a possibilidade de saída da hipótese da mora e do inadimplemento absoluto em casos de violação a dever anexo de proteção. Desse modo, um dever anexo não consta como atrelado à satisfação do objeto do contrato firmado. Conclui a autora que, se a inobservância do

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

sumário

dever anexo se dá como elemento indispensável à normal execução do contrato, existe incidência da mora ou do inadimplemento absoluto.

Em caso de violação positiva de contrato, existe aplicabilidade da mesma forma na quebra de antemão do contrato, sendo chamado de inadimplemento antecipado do contrato.

Do ponto de vista clássico, não se concebia a configuração de inadimplemento antes do vencimento da prestação, de modo que era pressuposto ao inadimplemento em caso de vencimento da prestação. Antecipando a quebra, excepciona-se tal visão clássica. Em sumo, antecipando a quebra existe configuração de anterior inadimplemento ao vencer da prestação, haja vista verificação de conduta expressa ou tácita do devedor, em que não haverá cumprimento do pactuado.

O Superior Tribunal de Justiça julgou, no sentido de aplicação da quebra antecipada, ainda que não vencido o prazo para a entrega:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato.

Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou.

Recurso não conhecido²⁶⁷.

Salienta-se que a antecipação de quebra não necessariamente pressupõe culpa. Essa quebra antecipada pode ocorrer a partir de casos de fortuito ou força maior, caso, assim, alguém se comprometa a plantar e colher determinada safra, em favor de outra pessoa, em um determinado prazo, e há uma tragédia natural que, mesmo antes do vencimento do prazo, dá vista à impossibilidade de cumprimento de prestação, sendo possível que a quebra, antecipadamente, dê

²⁶⁷ REsp 309626/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 479.

sumário

margem ao inadimplemento não culposo. Em consequência, é resolvida tal obrigação sem perdas e danos.

Pode-se notar aplicabilidade de violação positiva de contrato em hipótese de cumprimento defeituoso, e resoluções devidas em casos de devidos descumprimentos. Para que o cumprimento defeituoso propicie inadimplemento, é preciso que o defeito seja substancial.

CLÁUSULA PENAL

Trata-se, cláusula penal, de figura largamente utilizada de relações contratuais, e, assim, sempre teve destaque de várias considerações a partir da doutrina civilista. Essa cláusula é utilizada como ferramenta de reforço ao cumprimento de obrigações, tanto principais quanto acessórias, pré-estabelecidas em contrato (ou negócio jurídico), podendo ser definida como pacto acessório, quando o devedor dá comprometimento em executar prestação diversa da reforçada, de forma usual, pecuniária, em caso de que, por sua culpa, não dê cumprimento a esta obrigação.

Por exemplo, no Brasil, está positivada, nos artigos 408 a 416 do Código Civil de 2002, enquanto que, em Portugal, nos artigos 809 a 813 do Código Civil de 1966. Todavia, antes mesmo de todo o processo de codificação do Direito Civil, a figura já existia, haja vista necessidade de traçar breves considerações sobre a sua evolução histórica, tornando possível não só compreender como se deu o desenvolvimento do entendimento sobre a cláusula penal, como também para situar qual é a sua noção mais moderna.

A cláusula penal também é chamada de pena convencional ou multa contratual. Ela envolve dois fundamentos: (i) reforço do vínculo obrigacional; e (ii) liquidação antecipada das perdas e danos.

sumário

No Código Civil, estão previstas duas espécies de cláusula penal: a cláusula penal compensatória (artigo 410, CC) e a cláusula penal moratória (artigo 411, CC):

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

No entendimento dominante, o sentido é de que a cláusula penal moratória tem aplicabilidade nos casos de mora, e a compensatória para casos de inadimplemento absoluto.

A cláusula penal moratória se dirige à mora. Dessa forma, é visto que a cláusula penal, chamada de moratória, tem sentido em prefixar as perdas e danos decorrentes da mora. Ela conta com a verificação de que a cláusula penal não tem por objetivo substituir a prestação descumprida; esta objetiva prefixar perdas e danos decorrentes do atraso. Consequentemente, o artigo 411, ao tratar da cláusula penal moratória, dá destaque de que o credor poderá exigir a prestação e a cláusula penal moratória.

Cláusula penal compensatória, por outro lado, em acordo com a posição dominante, é dirigida ao inadimplemento absoluto. Dessa maneira, esta cláusula penal compensatória objetiva substituição da prestação que fora descumprida. Logo, conspeta que o credor não pode fazer exigência de prestação e da cláusula compensatória, pois geraria enriquecimento sem causa.

Neste sentido, o artigo 410 do Código Civil diz que o credor poderá escolher entre a prestação e a cláusula penal compensatória, sendo esta uma alternativa a benefício do credor.

sumário

Neste contexto, o Gustavo Tepedino defende que, praticamente, a “cláusula penal compensatória não deve ser recebida pelo credor no momento do vencimento da prestação, mas sim tempos depois da data acordada para o pagamento”²⁶⁸. Dessa forma, a devida cláusula penal compensatória não afasta a incidência da cláusula penal moratória. Destaca-se que, evidentemente, esta poderá projetar-se entre o vencimento de prestação e o recebimento da cláusula penal compensatória, não havendo, assim, enriquecimento sem causa ou *bis in idem*, pois os fundamentos aqui são distintos.

O artigo 410, quando trata da cláusula penal compensatória, esclarece que se trata de alternativa a benefício do credor. Em vias, o credor pode fazer exigência da prestação ou optar pela cláusula penal compensatória. No caso de inadimplemento absoluto, uma das características é a inutilidade da prestação para o credor.

Logo, não há congruência de tal alternativa a benefício do credor, diante da inutilidade da prestação. Percebe-se que não restaria ao credor outra alternativa, se ele não exigir a cláusula penal compensatória. Ademais, o artigo 410 dispõe acerca do total inadimplemento, e não do inadimplemento absoluto.

Em vista de parte da doutrina, há a defesa de que o Código Civil estabelece regras dispositivas. Em outras palavras, a partir do silêncio das partes acerca da modalidade da cláusula penal aplicável, existindo mora, há aplicabilidade do artigo 411 – cláusula penal condenatória. Entretanto, não há impedimento de que, em casos de mora, tais partes estabeleçam cláusula penal compensatória, por força de princípio da autonomia privada. Assim, em hipótese de mora, é estabelecida cláusula penal compensatória pelas partes, como solubilidade prática. Dessa maneira, ainda que em caso de mora, pode ser explicitamente estabelecida cláusula penal, permitindo ao

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 23, 2015. p. 45.

sumário

credor opção entre exigência de prestação ou cláusula penal. Assim sendo, faz sentido a alternativa em benefício ao credor, visto que, se tratando de mora, a prestação seria útil ao credor.

Haja vista que o estabelecido pelo código é uma presunção relativa de que para a mora existe aplicabilidade do artigo 411, e em caso de inadimplemento total quanto ao artigo 410. No entanto, não há impedimento de que, pelo princípio da autonomia privada, as partes façam estabelecimentos de cláusula penal compensatória em caso de mora.

Cláusula penal como obrigação facultativa

A partir das explanações acerca dos acessórios da cláusula penal, observa-se a prévia postulação de exigência de obrigação principal. A pena convencional é qualificada como promessa de caráter eventual a se cumprir no futuro. Percebe-se que, no ato de pactuação do negócio jurídico, é vinculado ao devedor uma única prestação, obrigação contraída, sendo aleatória a configuração da cláusula penal. Todavia, em caso de efetuação, é dado poder de escolha ao credor, dentre pena e prestação devida²⁶⁹.

Efetivamente, é verificado que tal cláusula penal é moldada a partir dos perfis de obrigação com possibilidade alternativa a favor do credor. Nesse contexto, aponta Nelson Rosenthal que “o devedor não deve outra coisa a não ser a prestação, mas o descumprimento por causa a ele imputável concederá ao credor o poder de determinar a pena, ao invés da prestação”²⁷⁰. Ou seja, coloca-se o devedor em estado de sujeição, na medida em que se submeterá à opção do

²⁶⁹ ROSENTHAL, Nelson. Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 42.

²⁷⁰ ROSENTHAL, Nelson. Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 43.

sumário

credor. Na lição de Karl Larenz, “*si hace uso de este derecho, lo cual sólo es posible mediante una declaración expresa, se coloca otra prestación en lugar de la hasta ahora debida*”²⁷¹.

Vislumbrando essa questão, Cristiano Chaves de Farias salienta que, havendo estipulação contratual conferindo ao devedor o direito de escolha, trata-se de “cláusula nula de pleno direito, por cercear a faculdade do credor em responsabilizar civilmente o devedor, violando a função social do contrato, acolhida expressamente pela nova ordem jurídica” (CC, 2002, art. 421).

Contudo, destaca-se a definição de cláusula penal como uma espécie de obrigação facultativa com escolha do credor, afastando-se tal ideia de que a pena convencional pode ser modelo de obrigação alternativa. Embora o texto do artigo 410 do Código Civil²⁷² faça alusão à expressão “alternativa”, a cláusula penal não configura obrigação alternativa, notadamente porque nas obrigações alternativas a escolha, via de regra, compete ao devedor (artigo 252 do Código Civil), ainda que o mesmo possua o direito de decidir entre duas prestações realizadas igualmente nos parâmetros de interesses do credor.

Em caso de cláusula penal tratada no artigo 410 do Código Civil, apenas uma prestação satisfaz os interesses do credor, e, em caso de esta não ser efetivada, é de escolha do credor fazer valer pena ou exigência do cumprimento de devida obrigação. Inexiste alternativa no adimplemento, somente em caso de descumprimento²⁷³, haja vista que as regras que dão trato das obrigações alternativas são inaplicáveis à espécie.

²⁷¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones. Versión española y notas de Jaime Santos Briz*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1958, t. 1. pp. 172-173. Tradução livre do autor: “se o credor utiliza o seu direito, o qual só é possível por uma declaração expressa, surgirá, então, no lugar da prestação até aí devida uma outra”.

²⁷² Artigo 410 do Código Civil brasileiro: “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”.

²⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 78.

sumário

Condicionalidade da cláusula penal

Nota-se outra consideração com importância, a cláusula penal só pode ser chamada em atuação no caso de inadimplemento. Ou seja, descumprida a obrigação garantida por cláusula penal, esta entra em funcionamento (antes, não, justamente porque sua exigibilidade é potencial, sujeita ao requisito do inadimplemento).

Sobre inadimplemento, Luis Renato Ferreira da Silva²⁷⁴ lembra a possibilidade de ser classificado de diversas formas, pode ser absoluto ou simples mora, sendo que o primeiro subdivide-se em total ou parcial, e explica que “ocorre inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber”. Já a mora ocorrerá no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo ou na forma estabelecidos, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento.

Tal incumprimento, previsto de aplicação de cláusula penal, pode vir a ser definitivo, parcial ou total, como violação positiva do contrato, ou até pode constituir-se simplesmente como mora. Dessa forma, tal inadimplemento figura-se como condicionante de aplicabilidade da cláusula penal, sendo comum a referência de sua condicionalidade, tanto em equivalência às condições suspensivas como promessa condicional de prestação. É mister a clara diferenciação entre cláusula penal e condições suspensivas em sentido estrito.

Serpa Lopes esclarece que, na cláusula penal, não é possível suscitar uma obrigação condicional em sentido próprio, pois se fosse condicional, a pena passaria a ser objeto da obrigação, e a realização da prestação seria apenas um evento condicional. Para esse autor,

²⁷⁴ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2013, ebook, p. 86.

sumário

na obrigação condicional “o fato – evento futuro e incerto – é apenas condição, não prometida, mas posta em incerteza”.

Conclusivamente, Jorge Cesa Ferreira da Silva²⁷⁵ alinha que o que se quer dizer quando se afirma condicionalidade da cláusula penal não é, assim, a condicionalidade do dever, pré-existente, e sim da pretensão à pena. Tal promessa da pena já existe e é válida, todavia seus efeitos ocorrerão em caso de inadimplemento imputável.

Para atuar a cláusula penal, não basta o inadimplemento (configurado a partir do descumprimento da obrigação, da impossibilidade de cumprimento, ou da inutilidade subjetiva ao credor – artigo 389 do Código Civil), assim como não basta a mora (isto é, o retardamento ou o cumprimento da obrigação de outra forma ou em outro lugar que não os convencionados – artigo 394 do Código Civil), afinal, além desses elementos, há a exigência de existência de culpa.

A redação dada pelo legislador ao artigo 408 do Código Civil, incluindo o advérbio “culposamente” no dispositivo, evidencia a intenção de qualificar a conduta exercida pelo devedor que condiciona a eficácia da cláusula penal. Logo, o devedor somente incorre na pena se culposamente deixou de cumprir a obrigação ou se constituído em mora.

De acordo com Gustavo Tepedino²⁷⁶, pela dicção legislativa anterior (artigo 921 do Código de 1916), a aferição da aplicabilidade da cláusula penal possuía natureza objetiva à época, bastando a mera constatação do descumprimento obrigacional no prazo estipulado ou, no caso de inexistência de prazo final, a constituição do devedor em mora por interpelação judicial ou extrajudicial.

²⁷⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 236-237.

²⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, p. 750.

sumário

Não se falava, portanto, até então, em inadimplemento por culpa. No entanto, Judith Martins-Costa²⁷⁷ atesta que, durante a vigência do Código de 1916, o entendimento doutrinário praticamente dominante exigia, ainda assim, a existência de culpa no suporte fático da mora, de modo que a culpa era um “pressuposto implícito” para essa corrente.

Lembra-se a existência de casos de responsabilidade objetiva, nos quais o elemento subjetivo, culpa, é absolutamente prescindível. Ocorre em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos quais se o fornecedor incorrer em inadimplemento ou na mora, ainda que prove não ter fornecido em virtude de caso fortuito ou da ausência de culpa, ainda assim deverá arcar com a cláusula penal pactuada.

Todavia, cumpre tecer ainda considerações acerca de elementos essenciais da cláusula penal, quais sejam os sujeitos e o objeto da pena.

Sujeitos e objeto da cláusula penal

Identificam-se em sujeitos da cláusula penal os que figuram na obrigação principal. Nesse sentido, Nelson Rosenvald²⁷⁸ sustenta que a identidade entre a obrigação principal e a cláusula penal pressupõe que a pena convencional será invariavelmente subscrita pelo devedor da obrigação que se assegure em favor do credor nela inserido.

Se não fosse assim, não se trataria de uma cláusula penal, mas, sim, somente um caução pessoal de qualquer espécie, da qual alguém se responsabilizaria patrimonialmente pelo adimplemento de uma obrigação alheia.

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5, t. 2, p. 634.

²⁷⁸ ROSENVALD, Nelson. Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 49.

sumário

Sobre a capacidade e legitimação das partes para figurar uma cláusula penal, inexistem especificidades no trato da matéria, de forma que tem prevalência as regras da parte geral do Direito Civil.

Todavia, é notório que existe relevância no tocante aos sujeitos da relação e devida autonomia nas possibilidades de existência de pena, em caso convencionado de determinação para o futuro. Reconhece-se, primariamente, que a legislação civil dá permissão de negócio jurídico de objeto determinável, a teor do disposto no artigo 104, II do Código Civil, caracterizado em algum grau de imprecisão sobre suas qualidades ou quantidade no momento inicial do negócio.

Todavia, essa ausência de características mínimas implica na indeterminabilidade da obrigação, incorrendo o negócio na nulidade prevista no artigo 166, II do Código Civil.

Dessa forma, cabe que as partes estipulem os parâmetros capazes de dar norte à fixação do montante da cláusula penal, sendo lícita tal faculdade do credor em realizar escolha, em vias de critérios claros e preestabelecidos da pena.

Em caso desforme, a partir da manifestação do credor em sua posição jurídica excessiva, é cabível intervenção judicial com finalidade de controle do exercício abusivo do direito concedido, conforme o disposto no artigo 187 do Código Civil.

Nesse sentido, a partir das considerações de Antunes Varela²⁷⁹, que leva em conta a conformidade nas adequações de convenção e acordo das partes, o mínimo possível de determinação se faz necessária para se evitar a possibilidade de que os critérios de equidade possam ser utilizados suplementarmente, pelo autor da determinação, de forma arbitrária, sendo possível prejuízo ao

²⁷⁹ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em geral, vol. II. Coimbra: Almedina, ed. 7, 1997.

sumário

espírito pessoal de liberdade, inspirador dos regimes dos negócios gratuitos. Ou, até mesmo, perturbar equilíbrio econômico que dá caracterização à disciplina dos contratos onerosos.

A partir de tais considerações sobre os sujeitos da cláusula penal, segue-se ao exame do seu objeto. Segundo Nelson Rosenvald²⁸⁰, “o objeto da cláusula penal é a promessa de uma pena convencional. Cuida-se de pena negocial que substitui o insucesso da obrigação principal como prestação a ser cumprida pelo devedor faltoso”.

Normalmente fixada em dinheiro, o autor nos esclarece que a cláusula penal também pode ser traduzida na entrega de objeto; na prestação de determinada atividade do devedor; ou até mesmo na perda de uma situação jurídica, sobretudo por orbitar no âmbito da autonomia negocial.

O sistema adotado pelo Código Civil brasileiro destoa do encontrado no Direito Comparado. Se, no Brasil, o Código Civil restou silente quanto à possibilidade da cláusula penal ser estipulada em prestação de natureza extrapatrimonial, a legislação francesa, por exemplo, prescreve no artigo 1.226 do Código francês – cláusula através da qual uma pessoa “se obriga a qualquer coisa em caso de inexecução”; e também o artigo 1.382, do Código italiano, prescreve cláusula pela qual “um dos contraentes é obrigado a determinada prestação”.

A despeito de inexistir na legislação civil pátria regra expressa referendando essa tese (como no Código de Portugal – artigo 398, nº 2), é mister que o interesse do credor seja digno de tutela jurídica, ainda que de ordem moral, pois, como sustenta Fernando Noronha, os interesses extrapatrimoniais valorados como sérios e úteis poderão sustentar obrigações válidas.

²⁸⁰ ROSENVALD, Nelson. Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 50.

sumário

Antônio Pinto Monteiro expressa que o fato de a pena, em si, ser destituída de valor pecuniário não obsta, de modo decisivo, a uma indenização por equivalência, destinada a reparar danos causados pelo não cumprimento: é que não há perfeita identidade entre a prestação devida - ainda que só a título de pena, e o dano provocado pelo seu inadimplemento. O fato da pena não ter valor patrimonial não necessariamente impede que os danos causados pela ausência de cumprimento revisem outra natureza. No mais, poderá haver lugar a uma compensação, em caso de danos patrimoniais.

Nota-se que, se tais partes pactuam que o caso de inadimplemento de obrigação implica em fazer infungível por parte do devedor, e este vier a descumprir obrigação, goza do credor a faculdade de exigência da pena por parte do mesmo, com direito a exigência de indenização pelo não cumprimento desta.

Redução da Cláusula Penal

O artigo 413 do Código Civil²⁸¹ prevê o seguinte:

“Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

A redução da cláusula penal, nos termos do artigo 413, é matéria de ordem pública, em vias, a regra é cogente, inspirando impossibilidade de afastamento desta redução, o que é a vedação ao enriquecimento sem causa. O Enunciado 356 do CJF dispõe, inclusive, que o juiz deve reduzir de ofício a cláusula penal.

²⁸¹ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

sumário

Enunciado 355, CJF - Art. 413. Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

Enunciado 356, CJF - Art. 413. Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

Nesse contexto, é verificada possibilidade de redução de eventual cláusula penal moratória, pactuada para o caso de inadimplemento total na hipótese de cumprimento parcial. Dessa forma, se há cumprimento de parte da obrigação, no caso da cláusula penal prevista no artigo 410, para que não haja enriquecimento sem causa, é aplicável a redução prevista no artigo 413.

No final do artigo 413, o código prevê a redução da cláusula penal, em vista da natureza e da finalidade do negócio. Ressalta-se a existência de corrente doutrinária que possui entendimento de que há necessidade de se considerar, caso o contrato seja comutativo ou aleatório. Isto faz parte da essência do contrato aleatório (a assunção de riscos), afinal, há necessidade de eventual cláusula penal que presuma ressarcir eventual inadimplemento, não obstante deve conter a mesma abrangência de um contrato comutativo. Ao considerar o contrato comutativo, sem abrangência de riscos, faz-se justificável que a cláusula penal se torne maior que a de um contrato símio em relação ao contrato de risco. Verifica-se, por exemplo, se se trata de contrato paritário ou de adesão, e se existe hipossuficiência de uma das partes.

Cabe ainda colacionar o artigo 412, do Código Civil de 2002²⁸²:

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

²⁸² BRASIL. Código de Processo Civil (2002). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2002.

sumário

A partir deste artigo, percebe-se conteúdo de regra que objetiva coibir enriquecimento sem causa. A questão acerca deste dispositivo legal é saber se o artigo 412 é aplicável apenas à cláusula penal compensatória, ou se também envolve a cláusula penal moratória. No Código Civil de 1916, existia regra correspondente, e entendia-se que esta seria aplicada apenas à cláusula penal compensatória. Esse entendimento dominante e essa limitação à cláusula penal moratória estariam na lei de usura (arts. 8º e 9º, Decreto 22.626/33)²⁸³.

Art. 8º - As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderão ser exigidas quando não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.

Parágrafo único. Quando se tratar de empréstimo até Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros), e com garantia hipotecária, as multas ou cláusulas penais convencionais reputam-se estabelecidas para atender, apenas, a honorários de advogados, sendo as despesas judiciais pagas de acordo com a conta feita nos autos da ação judicial, para cobrança da respectiva obrigação. (Acrescentado pela L-003.942- 1961).

Art. 9º - Não é válida a cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida.

Era entendido que tal regra não tinha aplicabilidade apenas ao contrato mútuo, e sim, também, nas demais modalidades. No contexto do Código Civil de 2002, a doutrina sustenta a revogação dos artigos 8º e 9º da lei de usura, uma vez que a possibilidade de redução da cláusula penal moratória, no caso de excesso, estaria albergada, primeiro, pelo artigo 413, que dá trato da redução da cláusula penal e inclui a redução da cláusula penal moratória, se

²⁸³ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

sumário

abusiva; e segundo pelo princípio da boa-fé objetiva, pelo princípio do equilíbrio econômico e pela vedação ao enriquecimento sem causa.

O Código Civil de 2002 possui várias cláusulas gerais que dão controle de eventual abusividade da cláusula penal moratória. Assim, esse novo sistema, do atual código, dota de princípios e cláusulas generalistas que propiciam a desnecessidade de engessamento da lei de usura, prevendo teto de limite de 10%²⁸⁴.

Sobre a regra geral relacionada à cláusula penal moratória, é a liberdade, tendo em vista que a mesma é cerceada, restrita pelo artigo 413, a partir dos novos princípios e por todo o sistema de cláusulas gerais, levando-se em consideração também que, para determinadas situações, caracterizadas por maior densidade social, o código esclarece limites peremptórios. Como exemplos de regras especiais a respeito do tema: Código de Defesa do Consumidor, que prevê os limites de 2% para cláusula penal moratória (art. 52, §1º, CDC); quota condominial (art. 1.336, §1º do CC); art. 740, §1º do CC.

Dispõe-se que a regra geral é a da revogação da lei de usura; evoluindo num sistema de cláusulas gerais, normas abertas e em situações dotadas de maior relevância social, com regras específicas, contemplando limites excepcionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, podemos concluir que, devido à crescente demanda contratual, a aplicação das cláusulas penais tem sido cada vez mais corriqueira e presente nos instrumentos

²⁸⁴ BRASIL. Código de Processo Civil (2002). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2002.

sumário

contratuais, com a função de garantir o inadimplemento pactuado pelas partes no momento da celebração.

Dessa forma, a cláusula penal desempenha um papel essencial, ao predeterminar as perdas e danos oriundos da mora ou inadimplemento das obrigações pactuadas pelas partes contraentes.

Colacionamos, por fim, questões à cláusula penal, tratando o reforço do vínculo obrigacional e a liquidação antecipada das perdas e danos. Assim, a maior vantagem para o credor é a de pré-estabelecer as perdas e danos eventualmente sofridos. Dessa forma, em teoria, o credor é livre de recursos processuais, pois apresenta, em caso, ao juiz, o valor exato pactuado com o devedor, fazendo dispensa. Deste modo, o juiz procede com os cálculos do valor tratado no artigo 402 do Código Civil.

A partir da vantagem da cláusula penal acima mencionada, há também outra, com um viés até mesmo um tanto psicológico, de o devedor saber desde a contratação efetuada sobre o valor da indenização que pagará caso não cumpra sua obrigação. A aplicação de tal cláusula funciona como ferramenta que assegura a segurança jurídica do contratante de boa-fé, atuando como gestão de risco contratual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2019.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em 10 mai. 2021.

sumário

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1258998/MG. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/02/2014, publicado em 06/03/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 06 mai. 2021.

CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcos Vinicius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil brasileiro: Do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. IV.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Podivm, 2017.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a cláusula penal compensatória*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 23, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*, vol. II. Coimbra: Almedina, ed. 7, 1997.

9

Victor Hugo Barboza Chalub

DO CONTRATO ATÍPICO DE *BUILT* TO *SUIT*

*ATYPICAL
BUILT
TO SUIT
CONTRACT*

sumário

RESUMO:

O campo imobiliário pátrio tem experimentado as novas necessidades urbanas e econômicas oriundas da variedade de circunstâncias jurídicas e da liberdade contratual consagrada no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, aliadas às modificações contratuais, surgem dúvidas acerca da regulação dessas novas relações jurídicas, surgindo questionamentos referentes à quais legislações são aplicáveis os novos modelos de negócios jurídicos. E é o que acontece com a modalidade contratual ainda recente em sua aplicação, denominada *built to suit*, que possui como característica uma variedade de matérias que se estendem da realização da obra, passando pela aquisição de financiamento, até a cessão de uso da coisa, originando discussões acerca da aplicação da lei do inquilinato, entre outras. Dessa forma, cabe ao aplicador do Direito enfrentar as causas relacionadas a esse novo tipo contratual, as possíveis soluções aplicáveis, com o intuito de definir seu enquadramento no sistema jurídico. O objetivo deste presente estudo é expor as particularidades do contrato *built to suit*, além de demonstrar os aspectos polêmicos que envolvem esta modalidade negocial, suas vantagens e desvantagens.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato *built to suit* – particularidades – modalidade negocial.

ABSTRACT:

The homeland real estate field has experienced new urban and economic needs arising from the variety of legal circumstances and contractual freedom enshrined in the Brazilian legal system. However, allied to the modifications, contractual doubts arise about the regulation of these new legal relationships, questions arising regarding which legislation applicable to the new legal business models. And this is what happens with the contract modality still recent in its application, called built to suit, which has as a characteristic regarding the variety of matters that extend from the execution of the work, through the acquisition of financing, to the assignment of use of the thing, giving rise to discussions about the application of the tenant law, among others. Thus, it is up to the enforcer of the law to face the causes related to this new type of contract, the possible applicable solutions, in order to define its framing in the legal system. The purpose of this study is to expose the peculiarities of the built to suit contract, in addition to demonstrating the controversial aspects that involve this negotiation modality, its advantages and disadvantages.

KEYWORDS: Built to suit contract - peculiarities - negotiation modality.

sumário

INTRODUÇÃO

Na última década, o setor imobiliário brasileiro alavancou, após um período em que esteve estagnado. Pode justificar este progresso o aumento da renda adquirida pelo brasileiro, melhorando a situação econômica, associada à redução da taxa de juros do crédito imobiliário, como resultado do bom momento experimentado pela economia brasileira nos últimos anos, estimulando os negócios.

É reconhecida a dinamicidade do Direito, assim, natural, em que haja transformações nas relações comerciais, neste caso, em comento, oriundo da expansão do mercado de imóveis, no qual foi necessário o acompanhamento dos contratos, para atender às demandas cotidianas.

É direito das partes contratantes escolherem livremente o conteúdo a ser disposto no contrato (acompanhando a legalidade deste), sendo estas relações pautadas pela autonomia da vontade, contratando de acordo com suas conveniências. Então, devido a esta liberdade, de dispor sobre o que pretendem estabelecer, surgem vários tipos de contratos que não aqueles com previsão exclusiva em lei (art. 425 do Código Civil - CC), gerando uma complexidade maior na qualificação realizada pelo intérprete.

Há uma íntima ligação entre o crescimento do mercado imobiliário de um país e a segurança necessária às relações jurídicas, com o acompanhamento do ordenamento jurídico. Em vista disso, mesmo com uma parca estrutura legal e carência de precedentes judiciais acerca do tema, para atender ao princípio da autonomia da vontade, uma modalidade vantajosa ao mercado imobiliário se tornou viável, o *built to suit*.

No entanto, conforme será explanado neste presente estudo, alguns conflitos deixam o Judiciário em alerta.

sumário

Apesar de apresentar aproximada similaridade, não se trata nem de arrendamento mercantil nem de direito de superfície, pois há uma maior amplitude no *built to suit*, pois contempla, desde a aquisição do terreno, as obras nele efetuadas, e uma entrega posterior ao locatário, tendo o alvo recebido um imóvel pronto para uso, tudo conforme as condições preliminarmente ajustadas.

Neste contexto, o objetivo do presente estudo é expor as particularidades do contrato *built to suit*, além de demonstrar os aspectos polêmicos que envolvem esta modalidade negocial. Também são analisadas as vantagens e desvantagens do contrato em tela, e verificadas as disposições do tema positivadas na legislação brasileira e direito comparado. Em busca de se alcançar estes objetivos, é investigada a doutrina de autores aclamados.

A metodologia utilizada se voltou à análise da doutrina pertinente ao tema, que passou por alguns percalços, visto que, assim como no estudo jurisprudencial também há limitações, em virtude dos poucos casos decididos, que também serão aqui tratados.

É objetivo deste presente estudo, de cunho bibliográfico, a investigação no Direito Pátrio e Comparado, já que a origem do contrato *built to suit* é norte-americana, além do fato de, atualmente, ser verificada uma maior evolução quanto ao tema em outros países.

A base do desenvolvimento do estudo é a explanação das características fundamentais do contrato *built to suit*, narrando desde sua origem e seus elementos principais e mais frequentes, até como tem sido a sua aplicação no mercado imobiliário pátrio e em alguns outros países.

sumário

ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO

Lecionam Tepedino *et al*/ que o direito civil foi passando por alterações no decorrer do século XX, e, dentre estas, se encontra a busca em “conciliar a tutela individual da liberdade com o atendimento aos imperativos sociais de solidariedade”, se afastando um pouco da ênfase ofertada à função da vontade “na construção do conceito de contrato²⁸⁵”.

Nesta seara, a nova visão do contrato passou a englobar o seu sentido prático, funcional, numa função perceptiva ou normativa, qual seja “o contrato como instrumento de autorregulação de interesses”, passando a ser esta a função prioritária, ainda que, em sua estrutura, esteja materializado o acordo de vontades, como o seu fato gerador.

Não havendo uma definição de contrato na legislação pátria, a doutrina assumiu tal tarefa. De acordo com Gomes, o contrato “é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica de caráter patrimonial²⁸⁶”.

Já na definição de Diniz²⁸⁷, *in verbis*:

É 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.

Quanto à validade do contrato, o artigo 104, do Código Civil brasileiro, elenca como requisitos: “acordo de vontades, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”. Compartilha desta concepção Rodrigues,

²⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Vol. 3. Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 44.

²⁸⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 5.

²⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

sumário

reforçando que “a coincidência de vontades, o acordo entre as partes é fator elementar do contrato”²⁸⁸.

Segundo Carielo, a origem do contrato, na visão de negócio jurídico, é do direito canônico, já estabelecendo como fundamento a teoria da autonomia da vontade. Narra o autor que, na evolução dos contratos, estes igualados à própria lei entre as partes, corporificados no “princípio do *pacta sunt servanda*, pelo qual tudo o que fora contratado deveria ser estritamente cumprido, em seus mais rigorosos termos”²⁸⁹.

Porém, conforme foi se mostrando necessária a segurança nos negócios pactuados, os acordos escritos foram sendo desenvolvidos, explica Silva, afirmando que os simples acordos foram sendo substituídos, em decorrência de negociações mais complexas e riscos às partes envolvidas, por meio de regulamentação explícita²⁹⁰.

Os termos mais complexos, exigindo maior segurança jurídica aos contratos, foram resultados da divisão de responsabilidades e riscos entre as partes, elencando Coelho: “Contrato define-se, assim, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros”²⁹¹.”

Tepedino *et al* entendem que utilizar o conceito de contrato com base em dados históricos, que foram evoluindo, não é atitude acertada, pois, na concepção dos autores, os conceitos são “plasmados pelos valores do contexto do qual se originam”. Neste

²⁸⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 3, p. 5.

²⁸⁹ CARIELO, Pinto Dyonísio. Contrato *built to suit* e as inovações acarretadas pela lei n. 12.744/12. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, ano XXVIII, vol. 180, nov.-dez., 2014, p. 327.

²⁹⁰ SILVA, Eduardo Augusto Arenas da. *O Contrato “Built to Suit” e a responsabilidade do cedente de posição contratual*. Monografia de Conclusão de Pós-Graduação – INSPER, São Paulo, 2017, p. 14.

²⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: Contratos*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Vol. III, p. 35.

sumário

sentido, em cada época e situação, o instituto é construído pelo jurista, levando em conta a realidade que o cerca²⁹².

Ou seja, orientam citados doutrinadores que a conceituação mais adequada é contextualizar o contrato “em cada experiência social em que este se insere”. Dessa forma, não se deve seguir a tradição de procurar no direito romano clássico ou “nos povos da Antiguidade algum início da trajetória histórica do contrato, como se o papel do historiador fosse buscar o embrião ou a origem de cada instituto”²⁹³.

Neste âmbito, buscar a mesma função e desempenho do contrato em sociedades tão diversas não é aconselhável, mas, não se pode esquecer de que a identificação do contrato compreende o acordo de vontades - “a sobressair a hegemonia da vontade como definição e fonte do principal mecanismo de regulação dos interesses privados”²⁹⁴.

Aspectos gerais do contrato built to suit

A liberdade em contratar levou à possibilidade de serem firmados contratos então não previstos em lei, com base essencialmente na vontade das partes, chamados, devidos aos seus ajustes, de contratos atípicos²⁹⁵.

Carielo²⁹⁶ comenta que a importância concedida “à separação entre propriedade imobiliária e a operação de empreendimentos comerciais, bem como o uso mais eficiente do mercado de capitais para o financiamento dos imóveis” restou demonstrada no crescimento de investimentos no Brasil e no mundo, com os empreendimentos do tipo *built to suit*.

²⁹² TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco, p. 46.

²⁹³ TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco, *op. cit.*, p. 44.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ CARIELO, Pinto Dyonísio, *op. cit.*, p. 327.

²⁹⁶ CARIELO, Pinto Dyonísio, *op. cit.*, p. 328.

sumário

Prossegue o pesquisador explicando que o mercado imobiliário brasileiro foi sendo aprimorado, como resultado de uma relação saudável entre normas jurídicas e fatos econômicos, além de uma relativa segurança jurídica surgida com novas leis, bem como a conduta do Poder Judiciário aliada à atuação de agentes econômicos.

Isto significa afirmar que os eventos que proporcionaram uma ascensão do mercado imobiliário podem estar relacionados às incorporações aplicadas à legislação, através da edição da Lei n. 12.744/12, somadas à estabilidade econômica²⁹⁷.

Neste contexto, objetivando tanto estimular os empreendimentos do mercado imobiliário como atender aos ramos da economia voltados à atividade principal de varejo, comércio e indústria, se estabelece a operação *built to suit*.

Buscando esclarecer o funcionamento desta modalidade contratual, Tardin leciona que, para alcançar um empreendimento em potencial, o futuro locatário procura empreendedores imobiliários que se interessem na instauração deste projeto, para, subsequentemente tornarem-se locadores. Mas, adverte a autora que o contrato *built to suit* deve ser celebrado pelo empreendedor, antes de qualquer investimento, no qual será estabelecido um prazo de vigência “que lhe permita ter a segurança de recuperar o capital investido, paralelamente à percepção de rendimentos pela própria locação”²⁹⁸.

Informa também a autora que “qualquer investidor pode providenciar a compra e construção, com a finalidade única de atender aos interesses desse inquilino especificamente”.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ TARDIN, Nathália. A regulamentação do contrato *built to suit* no direito brasileiro. Revista dos Estudantes de Direito da UFES - v. 1, n. 1 (2019), p. 03.

sumário

Hirata e Tartaglia²⁹⁹ comentam que muitos conflitos acabam por ser resolvidos pelo Judiciário, devido à demora do Poder Legislativo em atuar na sua área, levando o Judiciário a atuar onde não seria da sua seara, se valendo de “soluções encontradas que fogem totalmente da literatura pátria”. E afirmam os autores que muitas vezes a resposta dada pelo Judiciário, comumente embasada em princípios constitucionais, pode gerar insegurança jurídica.

O ordenamento jurídico pátrio defende a autonomia da vontade, na qual há a liberdade da sociedade em contratar, respeitando os casos previstos em lei, visto que, enquanto algumas leis orientam os procedimentos a serem efetuados pelas partes para firmarem a sua vontade, outras leis se calam sobre o tema.

E Hirata e Tartaglia prosseguem explicando que, em vista da forma como foram inseridos na legislação, os contratos *built to suit* levam o operador do direito a, “diante do caso concreto, encontrar certa dificuldade em qual legislação aplicar”. Tal dificuldade se reflete na escolha de que se deve preservar um interesse “e aplicar referida lei, como também a redução do valor da multa contratual, e aplicar outra lei³⁰⁰”.

O Direito precisa passar por constante evolução, e, neste dinamismo, nas relações contratuais, se insere o contrato *built to suit*, “que se amolda perfeitamente ao interesse das partes no atual mercado imobiliário”³⁰¹.

Ainda no entendimento de Carielo, esta modalidade de contrato resulta do dinamismo da evolução das relações contratuais, “originado através da constante evolução que o Direito tem passado e que se amolda perfeitamente ao interesse das partes no atual mercado imobiliário”³⁰².

²⁹⁹ HIRATA, Alessandro e TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso. *Built to suit: dos aspectos contratuais ao direito de superfície*. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, e-ISSN: 2526-0243, Salvador, v. 4, n. 1, pp. 145–165, Jan/Jun. 2018, p. 145.

³⁰⁰ HIRATA, Alessandro e TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso, *op. cit.*, p. 146.

³⁰¹ CARIELO, Pinto Dyonísio, *op. cit.*, p. 328.

³⁰² CARIELO, Pinto Dyonísio, *op. cit.*, p. 329.

sumário

Considerações históricas sobre o contrato built to suit

Narra Pereira que o Código Civil Brasileiro, de 1916, seguia a tradição romana de divisão dos contratos de locação, em três espécies:

i) de coisas (*locatio conductio rerum*), em que o locador cedia ao locatário o uso de uma coisa mediante determinada soma em dinheiro; ii) de serviços (*locatio conductio operarum*), quando alguém se obrigava a prestar serviços em favor de outrem, recebendo, em troca, certo pagamento; e iii) locação de obra ou empreitada (*locatio conductio operis*) verificada no fato de alguém confiar a outrem a execução de uma obra por determinado preço³⁰³.

Porém, instrui a autora que, hodiernamente, esta expressão, 'locação', "é utilizada para designar apenas o contrato pelo qual se formaliza a transferência temporária de uso e gozo de bem infungível mediante uma contraprestação".

De acordo com Pereira, conforme a economia foi avançando, também surgiu, naturalmente, a necessidade de estruturação das relações imobiliárias, originando, assim, na década de 50, uma nova modalidade contratual denominada *built to suit*. Com origem e forte disseminação norte-americana, seguiu com ramificações e farta influência em outros continentes, como o Europeu e o Asiático³⁰⁴.

Já no Brasil, somente no meio dos anos de 1994 e 1995 esta espécie contratual apareceu, sendo para a construção de uma indústria, para a Gillete, no Rio de Janeiro, e para uma instituição educacional, em 2005, em São Paulo. Pode-se verificar que, somente após uma década, o segundo empreendimento com o uso do *built to suit* foi efetuado³⁰⁵.

³⁰³ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Controvérsias sobre o âmbito de aplicação da lei do inquilinato nos contratos "*built to suit*". *Revista Brasileira de Direito Civil* - RBD Civil, ISSN 2358-6974, volume 5, Jul./Set. 2015, p. 80.

³⁰⁴ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, *op. cit.*, p. 81.

³⁰⁵ CILLI, Fábio. *Empreendimentos do Tipo Built-to-Suit: Arbitragem do valor de locação em editais de Concorrência*. São Paulo, 2004. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2004, p. 135.

sumário

Segundo afirma Hirata e Tartaglia³⁰⁶, há uma preferência dos investidores pela construção sob medida, em vista da redução de gastos e da captação de recursos, o que tem levado à expansão da cultura do *built to suit*.

Numa outra vertente, discorre Araújo, comentando que nos contratos da modalidade *built to suit* pode haver previsão de existirem outros contratos “a ele atrelados, bem como dele diretamente dependentes, sendo comum prever-se qual dos contratos prevalecerá caso haja conflito entre eles”³⁰⁷.

A autora pretende apontar, com estas considerações, que há “profundidade na interação entre contratos”, sendo que os possíveis reveses deste fato dependerão da complexidade do caso concreto. De acordo com a pesquisadora, com o exposto sobre as características do contrato *built to suit*, pode-se justificar a atenção dispensada pelo mercado imobiliário “à necessidade de se modular a aplicação da Lei do Inquilinato às disposições contratuais”³⁰⁸.

Ainda sobre a conexão entre contratos, disserta Marino³⁰⁹ que estes podem ser de diferentes complexidades, o que gera desiguais efeitos jurídicos.

Características, conceito e natureza jurídica

Verifica-se que existem diversas características de outras espécies de contrato numa operação *built to suit*, tais como: “compra

³⁰⁶ HIRATA, Alessandro e TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso, *op cit*, p. 147.

³⁰⁷ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos Built to Suit*: qualificação e regime jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. DOI:10.11606/D.2.2015.tde-09122015-140803. Acesso em: 20 abril 2021, p. 98.

³⁰⁸ ARAUJO, Paula Miralles de, *op cit*, p. 99.

³⁰⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

sumário

e venda, incorporação imobiliária, empreitada, prestação de serviços, locação ou cessão de direitos³¹⁰.

Delimitando a relação contratual, Tepedino *et al* explicam a função normativa:

A definição de contrato, tal como outras categorias jurídicas (próprias do contato social, como os negócios unilaterais e os atos jurídicos *stricto sensu*), destina-se à função normativa: determinar a quais suportes fáticos se aplica a disciplina legal prevista para a relação contratual, assim como excluir de seu âmbito de incidência os demais fenômenos, aos quais as normas em questão somente poderiam ser aplicáveis por interpretação analógica ou extensiva, devidamente fundamentada. Busca-se delimitar o que é contrato para identificar sobre quais situações devem incidir as normas de direito contratual³¹¹.

Continuam explicando os autores que *pela contrario sensu*, também a definição de contrato serve “para determinar o que não pode ser compreendido como contrato e, dessa forma, indicar as situações que restam excluídas, a princípio, da incidência dessas normas”. Isto corrobora a visão de contrato como uma categoria de negócio jurídico que possui uma finalidade prática social, não tendo um conceito invariável, para fins de aperfeiçoamento da ciência do direito.

O que se busca é um conceito que identifique “a quais fenômenos se reputa adequada, *a priori*, a aplicação das normas de direito contratual”³¹².

O conceito de contrato é variado, conforme o entendimento doutrinário. Aliás, é somente na doutrina que se encontram definições. Segundo Gasparetto:

³¹⁰ CARIELO, Pinto Dyonísio, *op cit*, p. 329.

³¹¹ TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco, *op. cit.*, p. 46.

³¹² TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco, *op. cit.*, p. 46.

sumário

Trata-se de um negócio jurídico por meio do qual uma empresa contrata outra, usualmente do ramo imobiliário ou de construção, para identificar um terreno e nele construir uma unidade comercial ou industrial que atenda às exigências específicas da empresa contratante, tanto no que diz respeito à localização, como no que tange às características físicas da unidade a ser construída. Uma vez construída, tal unidade será disponibilizada, por meio de locação à empresa contratante, por determinado tempo ajustado entre as partes³¹³.

Por sua vez, Cilli aponta:

Portanto, o imóvel gerado em um *built to suit* é construído especialmente para um ocupante específico e se volta para a locação; segue critérios pré-estabelecidos, devidamente estudados e analisados pelo usuário por meio de técnicas adequadas de planejamento de espaço, que envolvem o padrão construtivo, as especificações técnicas, o arranjo físico, o crescimento da empresa, a flexibilidade para expansão, a localização, dentre outros fatores³¹⁴.

Narra Carielo que, numa análise, pode-se resumir o contrato *built to suit* como o negócio jurídico pelo qual a parte contratante, a locatária, acorda a construção de imóvel que atenda “às necessidades pontuais da sua atividade empresarial, remunerando a empreendedora-locadora mediante o pagamento de aluguéis fixados em patamares que combinem o retorno dos investimentos realizados na construção e o uso do bem imóvel por meio da locação fixada por um longo período previamente ajustado”.

Por fim, Assis Neto *et al* classificam o contrato *built to suit* como “contrato bilateral, oneroso, consensual (depende apenas do consenso para se criar a obrigação), não solene, comutativo e de trato

³¹³ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009, p. 31.

³¹⁴ CILLI, Fábio, *op. cit.*, p. 7.

sumário

sucessivo, especificadamente de longa duração. É, também, via de regra, “paritário”, mas admite-se na modalidade por adesão³¹⁵.

O CONTRATO BUILT TO SUIT NO CONTEXTO DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS MERCANTIS – TRAÇOS DISTINTIVOS

Conforme esclarece Tardin, no arrendamento mercantil, o contrato ocorre na situação em que um bem imóvel é alugado, e ajustam um valor porque, findado o prazo, o locatário tem o direito de adquirir o bem neste valor previamente ajustado. Já o direito de superfície é “direito real vinculado a uma concessão feita pelo proprietário a terceiro, a fim de que este possa construir na propriedade daquele”³¹⁶.

Lembra a autora que não há impedimentos para que “haja um arrendamento ou a transferência do direito de superfície para a execução do empreendimento”, entretanto, tais figuras “seriam integrantes do *Built to Suit*, como alternativa da pessoa locadora à compra e venda como forma de aquisição do imóvel no qual seriam realizadas as obras”.

Explica Tardin que a natureza híbrida desta modalidade de contrato justifica os conflitos “que levam o contrato à análise do Judiciário”: hibridez caracterizada pela possibilidade, ou não, “de revisão do valor da remuneração mensal e a fixação do *quantum* da multa por rescisão antecipada por parte do locatário”³¹⁷.

Apesar de inominada, a espécie de contrato *built to suit* foi tipificada pela Lei n. 12.744/12, a qual delineou os mecanismos

³¹⁵ ASSIS NETO, Sebastião de, JESUS, Marcelo de, MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil. 9. ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1225.

³¹⁶ TARDIN, Nathália, *op. cit.*, p. 3.

³¹⁷ Ibidem.

sumário

que ficaram estabelecidos em lei, passando a ser contrato típico, e não atípico como era tratado no ordenamento jurídico pátrio. Havia constantes críticas do mercado imobiliário à ausência de segurança jurídica nas operações deste referido contrato, no Brasil. Desta forma, a promulgação da lei veio aplacar esta situação, pois era necessário reparar a omissão legislativa, que desmotivava este tipo de negócio, conforme apontado por Moreira³¹⁸.

A autora chama a atenção para o disposto na redação do art. 54-A, da citada lei, que esclarece o caráter tipicamente comercial da operação, tratando das locações de imóveis não residenciais, parecendo se referir apenas aos imóveis urbanos, no entanto, se as partes tiverem interesse, em vista do princípio da liberdade contratual, podem usar o *built to suit* para celebrar com imóveis residenciais ou rústicos.

Araújo³¹⁹ assevera que a literatura acerca dos contratos de modalidade *built to suit* é escassa. No entanto, é comum ser encontrada a comparação entre este e o arrendamento mercantil imobiliário, que se apresenta como a espécie mais comum no meio empresarial, a que viabiliza o uso de um imóvel por longo tempo.

Esta pesquisadora confirma a função do arrendamento mercantil, na qual uma pessoa jurídica – arrendadora -, compra um bem móvel ou imóvel com o objetivo de arrendamento para uma pessoa jurídica ou física, durante um prazo determinado, face a um pagamento. Findo o prazo, o arrendatário pode adquirir o bem, através de pagamento denominado de “valor residual garantido”³²⁰.

Discorre ainda a estudiosa que a Lei 6099/74 estabelece, em seu art. 5, a letra c, um dos dados essenciais na regulação do

³¹⁸ MOREIRA, Camila Ramos. Built to Suit: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, vol. 78, ano 38, jan.-jun., 2015, p. 128.

³¹⁹ ARAÚJO, Paula Miralles de, *op. cit.*, p. 25.

³²⁰ ARAÚJO, Paula Miralles de, *op. cit.*, p. 26.

sumário

arrendamento mercantil: “c) opção de compra ou renovação do contrato, como faculdade do arrendatário”. Ou seja, a opção de compra do bem arrendado “é elemento essencial do contrato, sem o qual ele se descaracteriza”.

Valença cita uma diferença entre o arrendamento mercantil e o *built to suit*, que se encontra na fase de execução: de acordo com o art. 37 da Lei do Inquilinato, ao contrato de arrendamento mercantil imobiliário é vedada a aplicação desta referida lei, enquanto o contrato *built to suit* pode se submeter à esta legislação, independente “da prevalência das condições pactuadas pelas partes”³²¹.

Na narração de Figueiredo, a revisão contratual é uma das apreensões dos empreendedores no contrato *built to suit*, em vista de que a incidência desta norma afasta o interesse em se investir, afinal, são valores vultosos, e se houver facilidade em se alterar as regras, isso tornaria o investimento um risco considerável. Além disso, mudar a remuneração “estipulada pode gerar desequilíbrio da relação, haja vista que o valor fixado se destina não só ao pagamento pelo uso do imóvel, mas a amortizar os investimentos efetuados para realização do negócio”³²².

Hirata e Tartaglia alertam para as características distintas da figura do *built to suit* da locação comum, incluindo os prazos. O contrato ajustado, naquela figura, resulta de condições especiais estabelecidas pela vontade específica do usuário que deseja ter o seu imóvel construído ou reformado significativamente, daí o motivo da contratação de um empreendedor para executar ou reformar tal obra. “Os gastos ficam por conta do investidor, que almeja, após a entrega do imóvel, ser ressarcido mensalmente pelo usuário”³²³.

³²¹ VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit*: operação de crédito imobiliário estruturada. IN: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 27, ano 8, jan.-mar., 2005, Editora RT, pp. 243-328.

³²² FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 72, jan. 2012, p. 161.

³²³ HIRATA, Alessandro e TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso, *op. cit.*, p. 152.

sumário

Concluindo, afirmam os autores que, mesmo que se verifiquem algumas semelhanças entre as duas modalidades contratuais - do arrendamento mercantil e do *built to suit* -, resta claro que é a Lei 6099/74, conjuntamente com a Resolução BACEN n. 2309/96, que regula o primeiro; sendo que, no segundo, *built to suit*, a liberdade contratual se faz mais presente, em vista de sua regulamentação não ser tão rígida.

A utilização do instrumento no mercado brasileiro

Têm sido crescentes as operações do contrato *built to suit* no mercado brasileiro, conforme informa Araújo³²⁴. No entanto, a efetivação permanece baixa, demonstrada pelos números ainda pouco significativos, se comparados aos demais negócios firmados no ramo imobiliário.

Acredita a autora que, apesar das vantagens deste tipo de contrato, os baixos números de concretização verificados podem ser justificados pelo fato de, não havendo uma lei específica para esta figura contratual, que estabeleça as regras dos pontos fundamentais, é gerada uma insegurança jurídica vinculada à operação.

Neste sentido, Angélico alega que:

A regulamentação da locação do modelo *built to suit*, necessitava mesmo ser definida o quanto antes, dadas as proporções de seu alavancamento no mercado construtivo imobiliário brasileiro, especialmente na última década. O advento da lei 12.744 de 19 de dezembro de 2012 trouxe maior segurança ao mercado imobiliário (...)³²⁵.

³²⁴ ARAÚJO, Juliana Rubiniak. *Built to Suit – Questões sobre a recém-tipificada ferramenta dos mercados da construção civil, econômico e financeiro*. São Paulo, 2013, 114p. LLM Direito dos Contratos. INSPER Instituto de Ensino e Pesquisa, p. 42.

³²⁵ ANGÉLICO, Américo Izidoro. *Locação Built to Suit – Construir para servir*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI175745,51045-Locacao+Built+to+suit+Construir+para+servir>. Acesso em 09/04/2021.

sumário

Souza *et al*³²⁶ falam que somente dois artigos na Lei do Inquilinato mencionam o contrato *built to suit*: sendo o 4º, que foi alterado e faz referência, e o artigo 54-A dessa lei, “o único que aborda especificamente tal contrato”.

Com a edição da Lei n. 12.744, em 2012, alterando a Lei n. 8.245/91, surgiu a previsão legal para o contrato *built to suit*, de acordo com Barros³²⁷. Avalia o autor que, “embora o texto legal não seja tecnicamente o melhor, ao menos deu maior visibilidade à modalidade contratual e a ideia de segurança jurídica aos contratantes”.

A Lei n. 13.190, editada em 2015, estendeu a possibilidade à Administração Pública de também celebrar tal modalidade contratual. Tal legislação alterou a Lei n. 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, isto é, a partir da alteração, a Administração Pública pode, expressamente, celebrar o contrato *built to suit* com particulares.

Barros considera esta espécie contratual como atípica de locação, citando não ter havido, no ordenamento jurídico pátrio, um único artigo de lei que a disciplinasse, lecionando ser inaplicável de forma integral, nesta espécie de contrato, os dispositivos da Lei n. 8.245/91, a qual regula as locações de imóveis urbanos, pois não se coaduna com a natureza do *built to suit* no que se refere a muitos aspectos.

O doutrinador comenta que o mais relevante destes aspectos se refere ao valor locatício, pois, ao passo que, na locação convencional, o aluguel se destina à remuneração do uso do imóvel pelo locatário, no *built to suit* esta remuneração deve açambarcar, além do uso, “tam-

³²⁶ SOUZA, Antonio Domingues de; SOUZA, Bruno Gardoni de; TINOCO, Jônatas Machado; GOMES, Julia Amaral. *O contrato built to suit e a sua aplicação no mercado de locação brasileiro*. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior. ISSN 21761035. Ano IX, Ed. 2, Jul.-Dez. 2017.

³²⁷ BARROS, Gabriel Bartos. *Built to suit como resposta para o mercado imobiliário*. Disponível em Jus Brasil: <https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/561277432/built-to-suit-como-resposta-para-o-mercado-imobiliario>. 2018. Acesso em 23 abr. 2021.

sumário

bém o investimento feito para personalizar o imóvel, ou construí-lo, exclusivamente para atender às necessidades de um inquilino específico”³²⁸.

Na concepção deste pesquisador, há severidade na Lei n. 8.245/91, que obstaculiza parcialmente a liberdade de contratar, isto porque tem a visão de que o locatário se encontra “em posição jurídica e econômica mais vulnerável que o locador”.

Por isso, neste sentido, acaba por proteger mais ao locatário, “com regras de ordem pública que não podem ser afastadas pela vontade das partes”, deixando uma limitação à autonomia da vontade, o que se pode constatar pelo disposto no seu art. 45, que institui “a nulidade a todas as cláusulas que visem a elidir os objetivos da lei”.

CONTRATO BUILT TO SUIT E AS INOVAÇÕES ACARRETADAS PELA LEI N. 12.744/12

O art. 54-A foi incluído na Lei do Inquilinato, 8.245/91, pela Lei n. 12.744/2012, que alterou o art. 4º, que se reporta ao *built to suit*. Em seu *caput*, o art. 54-A define o *built to suit* da seguinte maneira:

Locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado.

Pereira³²⁹ assevera que este dispositivo legal estabelece expressamente que as “normas procedimentais da lei do inquilinato se aplicam a essa espécie contratual, no entanto, deixa às partes o poder de livre disposição, de pactuar”.

³²⁸ BARROS, Gabriel Bartos, *op. cit.*, 2021.

³²⁹ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, *op. cit.*, p. 94.

sumário

Continua a autora afirmando que o art. 4.º da lei do inquilinato, ao ser alterado pela Lei n. 12.744/2012, fez exceção para os casos do contrato *built to suit* (art. 54, §2º), no que concerne à multa por rescisão antecipada (com exceção ao contrato *built to suit*), afastando até a justificativa contrária à aplicação desta lei para referido contrato. Dessa forma, afastou eventuais dúvidas a respeito do tema, “pelo simples fato de não incidir o art. 4º da Lei n. 8.245/91”.

A concepção de Pereira é a de que o contrato *built to suit* tem previsão legal e é acolhido no ordenamento jurídico brasileiro, mas é modalidade de contrato atípico, pois resulta de uma “operação comercial complexa, que envolve tanto características de empreitada como de locação”³³⁰. Informa que foi trazido do Direito norte-americano, mas ainda é pouco expressivo, pela ausência de lei específica, no Brasil.

Na definição de Gasparetto³³¹, é modalidade de contrato, resultante de uma operação financeiro-imobiliária, “na qual o locador projeta e constrói um imóvel nos termos desejados pela parte locatária, que, em contrapartida, remunerará o locador por meio de um contrato de longo prazo”.

Tardin conclui, após analisar a lei, em sua disposição de que “prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo”, ser necessário o prazo determinado para a locação e a predominância da autonomia privada³³².

Esclarece Figueiredo que a condição para que haja a renovação é a de que tenha sido prevista pelas partes, e é regulada “pelos termos do contrato, aplicável, quando for o caso, o disposto no art. 473, parágrafo único, do Código Civil”. E o legislador garantiu o direito à revisional, objetivando refutar o impacto que a inflação gera e que “desnatura a comutatividade dos contratos de trato sucessivo”³³³.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ GASPARETTO, Rodrigo Ruete, *op. cit.*, p. 58.

³³² TARDIN, Nathália, *op. cit.*, p. 6.

³³³ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad, p. 162.

sumário

O doutrinador explica ainda:

Considerar o contrato *built to suit* pelo processo simplista da subsunção como contrato atípico ou misto, por si só, não é suficiente e traduziria uma interpretação em descompasso com o ordenamento jurídico pátrio, que deve ser lido de forma totalitária, à luz de todos os valores constitucionais.

Resumindo esta visão acerca das alterações ocorridas no contrato *built to suit*, Pereira aduz que este se configura como uma nova modalidade de contrato e, como tal, exige tratamento próprio, específico, “coerente com as bases sobre as quais se erige”, e que a sua concretização deve seguir a disciplina contratual geral do Código Civil, além da lei do inquilinato, bem como aquelas compatíveis “com a causa concreta da relação contratual em apreço”.

E assevera a autora que o contrato desta espécie deve se sujeitar às normas ali previstas, “mesmo que esse contrato não contenha todos os caracteres mencionados na lei abstrata”³³⁴.

Aduz também Pereira que, dentre as principais vantagens desta modalidade contratual, está a de livrar o locador de utilizar recursos financeiros para empreender em obra, ou reforma desta, “bem como em permitir que o pagamento mensal, que inclui tanto o valor do aluguel quanto o da remuneração, seja contabilizado como despesa operacional, reduzindo a carga tributária”.

O ingresso do contrato na matrícula do imóvel

Detalha Araújo que, para a possibilidade de transferência de domínio, assim como para que haja uma correta habitação do imóvel, tem que ocorrer a regularização registrária perante o Cartório de

³³⁴ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, *op. cit.*, p. 99.

sumário

Registro de Imóveis competente. Tal procedimento é relevante porque, em muitos casos, há alterações substanciais no imóvel adquirido para fins de contratação de *built to suit* que podem envolver aumento de área, conferindo “modernidade e melhorias à edificação já existente”³³⁵.

Iniciando os procedimentos, explica a autora, é expedido o Auto de Conclusão de Obra, pelos órgãos públicos, após a verificação da regularidade da construção. Então, o contratado no *built to suit*, parte responsável pelo desenvolvimento das obras, comprova ao Cartório de Registro de Imóveis esta regularidade, devendo também apresentar, nesse momento, os recolhimentos previdenciários, referentes à mão de obra utilizada na construção.

Discorre ainda Araújo, comentando que a imprescindibilidade das atualizações registrais, na matrícula do imóvel, se demonstra nesse instante, porque, na maioria das vezes, a mera “expedição do Auto de Conclusão de Obra é suficiente para que a empresa que tiver encomendado a obra (o contratante do *built to suit*) ocupe o imóvel construído e inicie suas atividades”.

Pode-se entender, num primeiro momento, que não faz muita diferença, para o contratante do *built to suit*, a regularização registrária na matrícula do imóvel. No entanto, deve-se observar a necessidade de obtenção de licença específica que autorize o início das atividades, pelo contratante, dependendo da atividade a ser desenvolvida no imóvel.

E, para ser conseguida esta licença específica, na prefeitura municipal e demais órgãos competentes, pode ser exigida a apresentação da matrícula do imóvel a ser utilizado para o desenvolvimento das atividades, na qual deverá constar “todos os registros e averbações pertinentes, como requisito para emissão da licença específica necessária”³³⁶.

³³⁵ ARAÚJO(a), Juliana Rubiniak, *op. cit.*, p. 56.

³³⁶ *Ibidem*.

sumário

Nesta seara do ingresso registral, vale lembrar que uma terceira figura também pode ser inclusa neste negócio jurídico: uma companhia securitizadora de créditos recebíveis, casos em que o locador recebe antecipadamente os aluguéis.

Serão emitidos Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's) que deverão ser registrados junto à matrícula do imóvel, com o caráter de título negociável, destinando-se este crédito à garantia dos investidores.

Na concepção de Rodrigues Júnior, a relação caracterizada no contrato *built to suit* exige que haja a maior segurança jurídica possível. Leciona o autor que o registro, no Ofício de Registro de Imóveis, é um dos meios de “assegurar a estabilidade e eficácia do contrato *built to suit*”, muito embora “há quem pense que poder-se-ia levar a registro, no Ofício de Registro de Títulos e Documentos (princípio da subsidiariedade), o que não parece ser o mais adequado e seguro”.

Justifica o autor que esta afirmação parte da visão de que a única das serventias que por si só gera efeito *erga omnes*, publicidade passiva, é o Ofício de Registro de Imóveis, “não tendo o Ofício de Registro de Títulos e Documentos (registro de bens móveis) tal condão”³³⁷.

Estabelece o item I, do art. 129 da Lei 6.015/73, a obrigatoriedade da publicidade ativa, isto é, que todos os interessados sejam cientificados pela serventia, no caso o Ofício de Registro de Títulos e Documentos, “para que o contrato possa ser oposto a terceiros por qualquer das partes”. A relevância desta precaução se justifica “na medida em que se trata de um único contrato cuja duração tende a ser, em média, de dez a vinte anos, ficando garantida, com tal registro, a conservação”³³⁸.

Discorre ainda Rodrigues Júnior que:

³³⁷ RODRIGUES JÚNIOR Otávio Luís. Rejeição de Reformas e Revisão de Contrato *Built to Suit*, in *Revista Consultor Jurídico*, edição de 24 de abril de 2013.

³³⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís, *op. cit.*

sumário

O princípio *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*³³⁹ deve, neste caso, ser afastado, e a simples asserção doutrinária acerca da oponibilidade dos seus efeitos a terceiros não é robusta o suficiente para assegurar que pessoas alheias à relação contratual interfiram indevidamente na sua eficácia³⁴⁰.

Pelo exposto, pode-se concluir que o registro do contrato *built to suit*, na matrícula do imóvel, se torna “a principal medida registral que pode contribuir à estabilidade da relação contratual entabulada mediante tal contrato”. Com este ato, fica concretizada a vinculação da vontade manifestada das partes no negócio jurídico ao imóvel objeto do contrato³⁴¹.

Segundo Henneberg, vale se atentar ao fato de que, no sistema registral pátrio, não pode haver duplicidade de registro. Assim, o Ofício de Registro de Títulos e Documentos não pode recepcionar títulos e praticar registro de título que já tiver ingressado em outra serventia, “já que o ingresso prioritário no registro de imóveis, por exemplo, inibe o registro no RTD”³⁴².

Neste sentido, Kumpel e Olcese asseveram que é imprescindível que estas cláusulas sejam pactuadas e claramente redigidas no contrato, para que o mesmo seja registrável. Na visão dos autores, que entendem o contrato *built to suit* como atípico, não há qualquer óbice decorrente desta atipicidade do contrato, “nessa medida em que a tipicidade necessária para o registro está garantida para os contratos de locação e o contrato *built to suit*, muito embora figura própria seja, é, em certa medida, espécie locatícia inserida na lei própria sobre a matéria”³⁴³.

³³⁹ Expressão em latim que em português significa: Entre outros, os atos alheios, nem prejudica nem beneficia a matéria.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² HENNEBERG Benemond, Fernanda. *Contratos Built to Suit*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 102-103.

³⁴³ KUMPEL, Vitor Frederico; OLCESE, Tomás. *Aspectos registrais do contrato de locação não residencial de imóvel com prévia aquisição, construção ou substancial reforma por parte do locador ou de terceiros (built to suit)* - Parte I. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/240698/aspectos-registrais-do-contrato-de-locacao-nao-residencial-de-imovel-com>. Acesso em 13 mai. 2021.

sumário

Se, por um lado, em atenção ao princípio da continuidade, deve ser averbada a construção do imóvel, eis que o *built to suit* – em livre tradução: construído para servir – requer necessariamente uma obra; de outra banda, o registro do contrato, em si, mostra-se imprescindível, como garantia da autenticidade, publicidade, eficácia e segurança jurídica, inerentes ao registro imobiliário.

Ademais, por analogia ao contrato de locação, inclusive por estar inserido na Lei do Inquilinato, o contrato *built to suit* pode ser objeto tanto de registro (no tocante à vigência) como de averbação (no tocante à preferência, em caso de venda). Vale ressaltar que esse tipo de contrato mescla características de outros contratos, como o de empreitada, locação e até compra e venda. Assim, devido à especificidade do *built to suit*, a análise dessas características, separadamente, ou a inexistência de um desses tipos de contrato, descaracteriza o instituto³⁴⁴.

O CONTRATO *BUILT TO SUIT* NO DIREITO COMPARADO

Araújo narra que a globalização, aliada à facilidade de comunicação e informações, gerou uma disseminação de empresas transnacionais no Brasil, levando o direito comercial pátrio a se adequar às novas práticas e modalidades de contratos de origens internacionais, com predominância dos modelos norte-americanos³⁴⁵.

³⁴⁴ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Questões registrais controversas nos contratos *built to suit*. In: DEL GUÉRCIO NETO, Arthur, DEL GUÉRCIO, Lucas Barelli (Coord.). *O Direito Notarial e Registral em Artigos*. Vol. III. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2018, p. 315.

³⁴⁵ ARAUJO, Paula Miralles de, *op. cit.*, p. 29.

sumário

Assevera Zanetti³⁴⁶ que é recente a utilização do contrato *built to suit* em solo brasileiro, fazendo alusão ao fato de que somente na década passada é que se noticiou tal modalidade contratual. Informa que a origem de tal modelo é norte-americana, tendo se expandido pelo mercado europeu e asiático. No entanto, afirma o autor que não há literatura que aponte, de forma precisa, como foi o desenvolvimento e expansão no Brasil.

É semelhante a situação com os textos estrangeiros, relata Araújo, citando que a maioria destes tem origem norte-americana e poucos são científicos, contando que também não trazem clareza quanto ao surgimento e tratamento jurídico desta modalidade contratual. Certifica a autora que, no mercado norte-americano, apesar de semelhanças entre algumas figuras contratuais que podem ter levado à origem do modelo *built to suit*, utilizado no Brasil, “não há uma estrutura contratual rígida que espelhe exatamente a mesma formatação, e possa fornecer, diretamente, subsídio para a determinação das regras aplicáveis”.

Assim, comenta Golan³⁴⁷, não se aponta uma preocupação com a individualização do contrato *built to suit* com relação ao contrato de *lease*, que seria o de locação, aqui no Brasil, apesar de ser comum a expressão *built to suit lease*, sem qualquer separação específica de seu tratamento.

Araújo demonstra que é bastante semelhante a figura do contrato no direito norte-americano, mencionando que é um único contrato, no qual o ocupante do imóvel “contrata o empreendedor imobiliário para construir determinado imóvel em terreno de propriedade do ocupante ou do próprio empreendedor, imóvel que será objeto de locação posterior”³⁴⁸.

³⁴⁶ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Contrato built to suit: qualificação e consequências*. In BATISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org). *Construção civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, pp. 101-122.

³⁴⁷ *Apud* ARAUJO, Paula Miralles de, *op. cit.*, p. 30.

³⁴⁸ ARAUJO, Paula Miralles de, *op. cit.*, p. 30.

sumário

Segundo explica a estudiosa, no direito norte-americano, também é habitual tratar dos contratos *built to suit leases* como união de contratos independentes entre si:

- (i) um contrato de construção, resultado da proposta de contratação que define o relacionamento entre o locador e o locatário, do desenvolvimento até a construção do imóvel; e, (ii) um contrato de locação que estipula o termo de ocupação após a construção do imóvel.

Semelhante ao entendimento da doutrina nacional, pode-se constatar que há vantagem na opção pela aquisição ou locação de um imóvel que será construído sob medida, conclusão baseada nos critérios flexíveis, no valor do capital que será utilizado e no retorno deste investimento. Mostra-se como a escolha ideal para a empresa que procura “maximizar os investimentos em sua atividade e tem a possibilidade de se comprometer em uma relação contratual de longo prazo, além da ponderação de vantagens fiscais”³⁴⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou demonstrado que, por haver dificuldade na busca por imóveis que reúnam exatamente as características desejadas, tornou-se encorajador para o mundo corporativo a prática da modalidade contratual do *built to suit*, oferecendo, para o locador, o benefício de ser mantida uma relação contratual duradoura, com a proteção de cláusula penal que realmente desencoraja o inadimplemento. Para o locatário, não precisar investir todo o capital necessário para executar o empreendimento se torna um atrativo benéfico, diluindo os custos com os alugueres.

³⁴⁹ ARAUJO, Paula Miralles de, *op. cit.*, p. 30.

sumário

Após a regulação de questões importantes, como o direito à renúncia de revisão de aluguel e previsão, no caso de denúncia antecipada, o cumprimento de multa convencionada (não podendo exceder o valor dos aluguéis a receber até o fim da locação), locador e locatário se sentiram mais assegurados, diante das novas inserções realizadas na lei do inquilinato, em relação à modalidade “*built to suit*”.

Nesta figura contratual, o modelo de negócio “*built to suit*” deve, então, ser visto como uma boa solução jurídica e econômica, pois viabiliza operações imobiliárias àqueles empresários que não querem comprometer grande capital com a aquisição de um imóvel para atender as suas necessidades.

Dáí não se poder classificar o contrato “*built to suit*” como tipicamente de locação de imóvel urbano, pois terá a lei do inquilinato em sua governança, desde que observadas as especificidades de cada acordo entabulado entre as partes, tanto no que se referir à aplicação da multa contratual por rescisão antecipada, como renovatória, revisional e sublocação.

Para não se cair em insegurança jurídica, deve o regime jurídico contratual ser uno e não dividido. Por isso, ao se interpretar a modalidade contratual *built to suit*, não se deve usar de classificações, mas, sim, agir conforme os princípios contratuais da boa-fé, da função social e do equilíbrio econômico, considerando as expectativas econômicas desse contrato e das causas que o sustentam.

Há uma divisão da doutrina entre aqueles que defendem a tipicidade do contrato *built to suit* e aqueles que o consideram atípico, por entenderem que as alterações ocorridas com a Lei n. 12.744/12 não são suficientemente completas para regular esse tipo de contrato. Pois bem, não se trata esta discussão como simplesmente acadêmica, pois há consequências na disciplina jurídica dos contratos, quando típicos, e num contrato atípico imperam as disposições contratuais

sumário

celebradas entre as partes e as regras das prestações que compõem aquele contrato, e que podem ser utilizadas.

As regras regulamentadas prevalecem sobre o contrato típico, e as cláusulas contratuais não poderão ultrapassar os limites impostos pela lei.

Nesse sentido, o contrato *built to suit* se configura em moderna espécie de contrato, demandando, portanto, tratamento próprio, harmônico com as bases sobre as quais se ergue, sendo conduzido pela disciplina contratual geral do Código Civil, em tudo o que for compatível pela lei do inquilinato, com a causa concreta da relação contratual em questão. E, apesar deste contrato não conter todos os caracteres mencionados na lei abstrata, pode submeter-se às normas lá previstas.

Não se deve aplicar um critério tão amplo ao se apontar a legislação aplicável quando se classifica o contrato *built to suit* como típico, atípico, misto, conexo, coligado, por si só, pois não é suficiente para qualificá-lo. Deve-se entender que o objetivo, longe de ser alcançado um valor absoluto, é estabelecer um tipo contratual, é o de analisar o contrato de acordo com juízo de merecimento de tutela dos interesses envolvidos.

Por fim, conclui-se que, como meio de garantir às partes a autenticidade, publicidade, eficácia e segurança jurídica, o contrato *built to suit* deve ser levado a registro/averbação no cartório de Registro de Imóveis, assegurando a oponibilidade “erga omnes” e a aplicação dos princípios imobiliários próprios.

REFERÊNCIAS

ANGÉLICO, Américo Izidoro. *Locação Built to Suit – Construir para servir*. Disponível em Internet <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI175745,51045-Loacao+Built+to+suit+Construir+para+servir>. Acesso em 09/04/2021.

ARAUJO a, Juliana Rubiniak. *Built to Suit – Questões Sobre a Recém Tipificada Ferramenta dos Mercados da Construção Civil, Econômico e*

sumário

Financeiro. São Paulo, 2013, 114p. LLM Direito dos Contratos. INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa.

ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos Built to Suit*: qualificação e regime jurídico. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. DOI:10.11606/D.2.2015.tde-09122015-140803. Acesso em: 20 abril 2021.

ASSIS NETO, Sebastião de, JESUS, Marcelo de, MELO, Maria Izabel de. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

BARROS, Gabriel Bartos. *Built to suit como resposta para o mercado imobiliário*. Disponível em Internet. Jus Brasil: <https://leadireito.jusbrasil.com.br/artigos/561277432/built-to-suit-como-resposta-para-o-mercado-imobiliario>. 2018. Acesso em 23 abr. 2021.

CARIELO, Dyonisio Pinto. Contrato *Built to Suit* e as inovações acarretadas pela Lei n. 12.744/12. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, ano XXVIII, vol.180, nov.-dez., 2014.

CILLI, Fábio. *Empreendimentos do tipo Built-to-Suit*: Arbitragem do valor de locação em editais de Concorrência. São Paulo, 2004. Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2004.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Questões registrais controversas nos contratos built to suit. In: DEL GUÉRCIO NETO, Arthur, DEL GUÉRCIO, Lucas Barelli (Coord.). *O Direito Notarial e Registral em Artigos*. Vol. III. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2018.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 72, jan. 2012.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HENNEBERG Benemond, Fernanda. *Contratos Built to Suit*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 102-103.

HIRATA, Alessandro e TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso. *Built to suit*: dos aspectos contratuais ao direito de superfície. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, e-ISSN: 2526-0243, Salvador, v. 4, n. 1, pp. 145-165, Jan/Jun. 2018.

sumário

KUMPEL, Vitor Frederico; OLCESE, Tomás. *Aspectos registrais do contrato de locação não residencial de imóvel com prévia aquisição, construção ou substancial reforma por parte do locador ou de terceiros (built to suit)* - Parte I. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/240698/aspectos-registrais-do-contrato-de-locacao-nao-residencial-de-imovel-com>. Acesso em 13 mai. 2021.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to Suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, vol. 78, ano 38, jan.- jun., 2015.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Controvérsias sobre o âmbito de aplicação da lei do inquilinato nos contratos “built to suit”. *Revista Brasileira de Direito Civil* - RBDCivil, ISSN 2358-6974, volume 5, Jul./Set., 2015.

SILVA, Eduardo Augusto Arenas da. *O Contrato “Built to Suit” e a responsabilidade do cedente de posição contratual*. Monografia de Conclusão de Pós-Graduação – INSPER, São Paulo, 2017.

SOUZA, Antonio Domingues de; SOUZA, Bruno Gardoni de; TINOCO, Jônatas Machado; GOMES, Julia Amaral. *O contrato built to suit e a sua aplicação no mercado de locação brasileiro*. *Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior*. ISSN 21761035. Ano IX, Ed. 2, Jul. – Dez., 2017.

TARDIN, Nathália. A regulamentação do contrato *built to suit* no direito brasileiro. *Revista dos Estudantes de Direito da UFES*, v. 1 n. 1, 2019, p. 03.

TEPEDINO, Gustavo, KONDER, Carlos Nelson, BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3 – Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit: operação de crédito imobiliário estruturada*. IN: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 27, ano 8, jan. – mar., 2005, Editora RT, pp. 243-328.

sumário

SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS

Achylles De Brito Costa:

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2004), sendo especialista em Direito Municipal pela ESAPI/FAETE (2010) e Doutorando em Direito Público pela UNLZ - Universidad Nacional Lomas de Zamora, na Argentina. Mestrando em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGEP. Atualmente, é Consultor Legislativo da Assembleia Legislativa, Professor de Direito Administrativo e Direito Financeiro e Orçamentário, e Advogado Municipalista, atuando principalmente nos seguintes temas: Prestação de Contas, Improbidade Administrativa e Finanças Públicas.

André Queiroz Mergulhão:

Mestrando em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGEP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Faculdade Ideal. Ex-Chefe de Gabinete do Conselheiro Nelson Chaves – TCE/PA; Assessor Jurídico da Assembleia do Estado do Pará, lotado no gabinete do Deputado Estadual Sidney Rosa; Advogado membro do Escritório Rebouças e Mergulhão, Advogados Associados.

Clara K. Rodrigues De Brito:

Mestranda em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique - UPT e pelo Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGEP; Mestranda em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social – da Universidade de Marília - UNIMAR; Especialista em Direito Público com Magistério Superior pela UNISEB, Centro Universitário (União dos Cursos Superiores SEB LTDA); Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-UNIDERP; Especialista em Direito Civil e Empresarial pelo IBMEC-SP; Graduada em Direito pela Faculdade do Maranhão; Advogada com proficiência em Direito Público.

sumário

Coordenadora e professora da Pós-Graduação em Direito Municipal do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP/SVT Faculdade.

Guiomar Rocha Pereira Magalhães Bittencourt:

Mestranda em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGP. Mestranda em Sistemas Ambientais Sustentáveis pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES). Especialista em Direito Notarial e Registral (UNIDERP). Especialista em Direito Público com Magistério Superior (UNIDERP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Registradora de Imóveis e Tabeliã do 7º Ofício Extrajudicial de Imperatriz-MA.

Karen Vanderlei Macedo:

Mestranda em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGP. Especialista em Gestão Pública, com ênfase em Licitações e Contratos. Especialista em Direito e Processo Civil. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT; Conciliadora no PROCON/ALEPI; Consultora Jurídica do Grupo Geraldo Oliveira, exercendo a função de Diretora do Departamento de Licitações e Contratos.

Lara Mariane Santos Araújo:

Mestranda em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGP; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Elpídio Donizetti; Graduada em Direito pela UniEvangélica - Centro Universitário de Anápolis-GO; Oficiala de Registros e Tabeliã do Cartório Único Ofício, de São João do Araguaia-PA.

Luciana Machado Cordeiro:

Mestranda em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social – da Universidade de Marília- UNIMAR; Mestranda em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique - UPT e pelo Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGP; Especialista em Direito Notarial e Registral pela FAMMA (Faculdade Metropolitana de Maringá-PR); Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá-RJ; Graduada em Direito

sumário

pela Universidade Federal Fluminense - UFF/RJ. Coursou *English as second Language*, em *Harvard University*, Boston, Mass, USA; Mediadora Judicial e Extrajudicial pela ENOREG/RJ (Escola dos Notários e Registradores, RJ, NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Tribunal de Justiça/RJ); Ex-Substituta Legal do Registro Civil das Pessoas Naturais e Notas, em Saquarema - RJ; Atualmente, Registradora Civil das Pessoas Naturais no Município de Bragança, PA.

Marcus Aurélio Vale Da Silva:

Mestrando em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGEP; Mestrando em Sistemas Ambientais Sustentáveis pela UNIVATES (Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, RS); Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Centro Universitário Metropolitano de Maringá – UNIFAMMA; Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Atuando como Tabelião de Notas e Oficial Registrador Titular, Concursado, na Comarca de Bragança, no Estado do Pará. Ex-servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Sterveson Marcus Salgado Meireles Linhares:

Mestrando em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGEP; Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Economia pela UFMA; Especialista em Gestão Pública pelo Damásio/IBMEC. Especialista em Gestão pela ESPM/RJ. Procurador Geral de Município.

Victor Hugo Barboza Chalub:

Mestrando em Direito, na área de Ciências Jurídico-Políticas, pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT) – Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGEP. Mestrando em Sistemas Ambientais Sustentáveis, pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES). Especialista em Direito Administrativo, pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Tributário, pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito, pelo Centro Universitário do Norte Paulista (UNORP). Registrador de Imóveis e Tabelião do 1º Ofício Extrajudicial de Breves-PA.

sumário

ÍNDICE REMISSIVO

A

acesso 39, 61, 65, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 131, 134, 135, 167, 178, 181, 183, 188

Administração Pública 16, 22, 23, 31, 42, 204, 261

agente público 25, 31, 207, 212

aposentadoria 55, 68

artigo 16, 17, 19, 22, 23, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 39, 40, 47, 55, 58, 61, 62, 63, 67, 71, 73, 78, 79, 87, 90, 94, 95, 96, 106, 116, 119, 120, 124, 125, 128, 129, 131, 134, 140, 141, 142, 143, 150, 152, 154, 159, 162, 166, 167, 170, 173, 175, 179, 194, 198, 200, 213, 219, 229, 230, 231, 232, 234, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 248, 261

B

Brasil 18, 23, 27, 28, 30, 31, 39, 40, 43, 47, 53, 57, 62, 64, 65, 66, 69, 72, 78, 98, 101, 103, 107, 109, 114, 115, 116, 119, 120, 130, 132, 134, 135, 137, 162, 167, 170, 171, 174, 175, 179, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 194, 197, 199, 208, 228, 237, 242, 250, 253, 258, 261, 263, 268, 269, 273
brasileiro 17, 19, 22, 23, 24, 25, 59, 68, 72, 76, 91, 98, 100, 105, 108, 112, 114, 115, 118, 133, 135, 136, 149, 162, 163, 174, 175, 180, 186, 189, 207, 217, 221, 232, 237, 243, 245,

246, 248, 251, 254, 256, 260, 261, 263, 269, 273, 274
built to suit 19, 20, 245, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274

C

capital 251, 270, 271
casais 72, 73, 81, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 107
casamento 17, 58, 71, 72, 73, 79, 80, 82, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106
celebração 16, 17, 22, 23, 43, 71, 72, 73, 77, 79, 83, 87, 94, 99, 101, 103, 104, 134, 170, 180, 222, 242
cidadãos 18, 32, 57, 115, 119, 123, 124, 127, 131, 135, 193, 197, 199, 205
cláusula 19, 26, 85, 129, 143, 219, 220, 221, 222, 225, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 270
CNJ 119, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 131, 133, 134, 136, 137
Código Civil Brasileiro 29, 30, 58, 173, 253
conciliação 116, 118, 119, 123, 124, 125, 126, 127, 131, 132, 133, 134, 135, 138
conflitos 18, 107, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122,

sumário

123, 125, 126, 131, 132, 133, 134,
135, 137, 138, 220, 246, 252, 257
cônjuge 58, 93, 94
Constituição 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34,
35, 44, 53, 56, 57, 61, 63, 64, 69, 73,
78, 79, 86, 87, 88, 90, 132, 142, 143,
144, 145, 149, 154, 162, 175, 194,
209, 210, 212, 213, 234, 243
contratos 16, 17, 18, 19, 22, 37, 43,
47, 59, 61, 71, 72, 73, 76, 77, 81, 84,
85, 86, 104, 105, 106, 107, 132, 140,
142, 151, 157, 158, 160, 166, 167,
170, 173, 174, 176, 178, 179, 180,
185, 187, 188, 219, 220, 221, 222,
233, 235, 237, 242, 243, 246, 249,
250, 252, 253, 254, 256, 257, 258,
263, 267, 268, 270, 271, 273, 274
contratos pré-nupciais 17, 71, 72, 73,
86, 105, 106, 107
convivência 17, 71, 73, 83, 85, 87, 88,
90, 91, 93, 94, 96, 102, 106, 107
corrente 29, 37, 84, 153, 208, 235, 239

D

danos 18, 19, 25, 29, 30, 35, 36, 37,
38, 41, 42, 43, 48, 104, 140, 141, 142,
143, 144, 145, 149, 150, 152, 153,
154, 156, 157, 158, 159, 161, 162,
163, 168, 189, 193, 194, 199, 201,
202, 207, 208, 209, 210, 211, 212,
213, 214, 215, 216, 221, 223, 226,
228, 229, 238, 242, 243
danos morais 18, 43, 140, 141, 142,
143, 144, 145, 153, 154, 156, 157,
158, 159, 161, 163, 243
Defesa do Consumidor 23, 34, 39, 40,
41, 43, 61, 62, 149, 152, 175, 176,

177, 187, 202, 203, 204, 205, 216,
217, 235, 241
demência 48, 49, 50, 51
dificuldades 62, 64, 107
dignidade 53, 54, 57, 58, 63, 64, 66,
101, 125, 154, 159, 169, 188
Direito 16, 17, 19, 22, 23, 24, 25, 28,
31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 43,
44, 45, 47, 69, 71, 72, 74, 75, 76, 78,
79, 80, 81, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91,
94, 96, 98, 100, 101, 103, 104, 106,
107, 108, 109, 110, 111, 113, 118,
127, 134, 138, 142, 145, 146, 148,
149, 150, 151, 152, 153, 156, 157,
159, 162, 163, 164, 173, 174, 175,
176, 178, 185, 187, 189, 190, 191,
195, 197, 199, 200, 201, 203, 204,
205, 207, 208, 211, 216, 217, 219,
220, 223, 224, 225, 228, 230, 236,
237, 242, 243, 245, 246, 247, 249,
251, 252, 253, 254, 257, 258, 259,
260, 263, 268, 269, 273, 274, 275,
276, 277
Direito Comparado 17, 23, 40, 71, 74,
76, 85, 103, 113, 138, 174, 189, 237
Direito Privado 23, 200, 203, 211
doença 48, 49, 51

E

Estado 16, 17, 22, 23, 24, 25, 26, 27,
28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37,
38, 40, 42, 43, 44, 45, 47, 53, 63, 64,
65, 66, 76, 78, 79, 86, 108, 113, 115,
118, 119, 125, 126, 130, 131, 132,
159, 162, 168, 169, 170, 190, 191,
194, 196, 199, 200, 201, 203, 204,
207, 208, 209, 210, 211, 212, 213,
214, 215, 216, 275, 277

sumário

estudos 16, 24, 50, 51, 136, 190

F

família 54, 57, 58, 60, 63, 64, 65, 69, 72, 73, 76, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 98, 100, 101, 105, 108, 109, 110, 162, 174

I

idade 48, 50, 51, 53, 55, 56, 62, 64
idosos 17, 47, 48, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 185
incapacidade 48, 59, 60, 186
indenização 18, 27, 36, 105, 140, 141, 144, 148, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 194, 206, 212, 221, 222, 238, 242
insegurança jurídica 18, 90, 220, 252, 260, 271
instituições 37, 49, 54, 58, 115, 118, 119, 124, 128, 130, 134, 204
instrumento 18, 83, 84, 101, 122, 131, 137, 177, 220, 248, 260

J

jurisprudência 18, 36, 38, 69, 133, 140, 141, 143, 153, 155, 160, 161, 193, 198, 201, 209, 210, 211, 212, 214
justiça 48, 59, 68, 77, 86, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 123, 125, 128, 131, 134, 135, 137, 152

L

leis 24, 29, 30, 32, 34, 41, 53, 57, 69, 94, 97, 99, 107, 144, 151, 163, 174, 189, 196, 213, 251, 252
liberalismo 75, 76, 84
liberdade 19, 53, 75, 76, 81, 86, 101, 103, 104, 106, 134, 144, 147, 151,

152, 173, 197, 220, 237, 241, 245, 246, 248, 250, 252, 258, 260, 262

M

matrimônio 72, 79, 85, 89, 90, 101
mediação de conflito 18, 112, 114, 115
modalidade negociada 20, 245, 247
moradia 17, 47, 54, 55, 57, 58, 68, 82
moral 25, 54, 64, 83, 91, 96, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 198, 237

N

namoro 17, 71, 73, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 89, 105, 106, 107, 108, 109, 110

O

obrigações contratuais 23, 75, 221

P

pacto antenupcial 17, 71, 73, 74, 89, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 110
países desenvolvidos 48, 51, 184
patrimonial 17, 25, 71, 73, 82, 83, 85, 103, 147, 161, 177, 200, 238, 248
penal 19, 42, 219, 220, 221, 222, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 270
pesquisa documental 19, 22, 24, 68, 193
população 17, 23, 28, 42, 47, 50, 53, 65, 66, 67, 68, 117, 179, 185
princípio da igualdade 31, 34, 106
públicos 16, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 31, 33, 34, 35, 39, 40, 41, 42, 43, 53, 55,

sumário

58, 64, 118, 129, 194, 195, 199, 200,
203, 204, 205, 209, 211, 212, 213,
216, 265

R

relacionamento 17, 71, 80, 83, 84, 85,
86, 87, 90, 95, 115, 121, 270

resolução de disputas 113, 134, 135

respeito 19, 28, 33, 52, 53, 54, 57,
63, 64, 90, 95, 97, 118, 120, 122, 150,
155, 160, 168, 175, 179, 188, 193,
215, 241, 256, 263

responsabilidade civil 16, 17, 19, 22,
23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35,
36, 38, 42, 43, 44, 69, 140, 143, 146,
147, 148, 149, 150, 162, 163, 164,
193, 194, 195, 198, 200, 205, 206,
207, 208, 209, 210, 211, 212, 213,
214, 215, 217

responsabilidades 16, 23, 24, 151,
152, 155, 249

S

serviços 16, 18, 22, 23, 24, 27, 33, 34,
35, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 61, 62, 65,
66, 117, 123, 130, 131, 140, 142, 155,

157, 160, 162, 170, 172, 176, 177,
178, 180, 183, 184, 194, 195, 196,
199, 200, 201, 202, 203, 204, 205,
206, 208, 209, 210, 211, 212, 213,
253, 255

serviços públicos 16, 22, 23, 24, 27,
33, 34, 39, 41, 42, 43, 194, 199, 200,
203, 204, 205, 209, 211, 213

sociedade 10, 11, 16, 18, 34, 36, 47,
48, 49, 52, 53, 56, 63, 64, 65, 67, 72,
73, 76, 77, 78, 80, 92, 98, 99, 105,
106, 113, 114, 118, 126, 136, 142,
156, 166, 167, 168, 170, 172, 174,
175, 178, 179, 180, 181, 182, 183,
184, 187, 188, 189, 201, 203, 204, 252
sujeito 29, 53, 74, 75, 141, 146, 155,
156

Superior Tribunal de Justiça 69, 82,
96, 141, 154, 156, 158, 159, 162, 203,
208, 227, 243

V

vontade 60, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 81,
84, 85, 88, 89, 103, 105, 106, 109,
173, 188, 196, 197, 212, 246, 248,
249, 250, 252, 259, 262, 267

www.pimentacultural.com

TEMAS DE DIREITO CONTRATUAL APLICADO