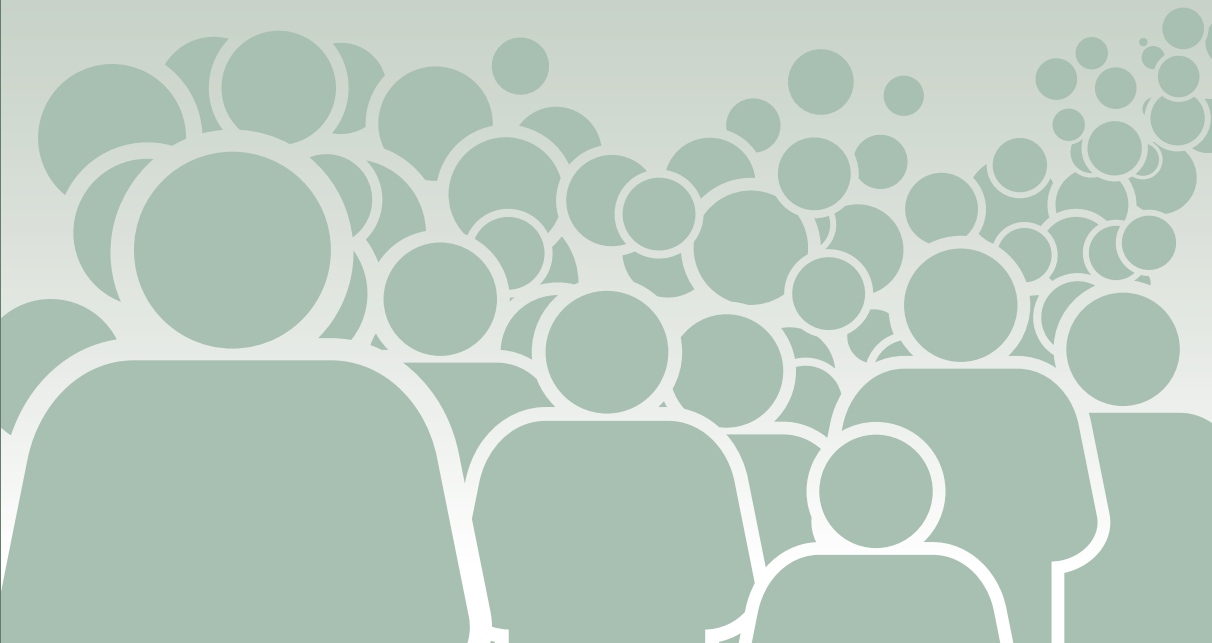




10 ANOS DO
.....
Código Civil

EDIÇÃO COMEMORATIVA

Robério Nunes dos Anjos Filho
Organizador



10 ANOS DO

Código Civil

EDIÇÃO COMEMORATIVA





REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Procurador-Geral da República
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
Ivana Auxiliadora Mendonça Santos

CÂMARA EDITORIAL GERAL

Afonso de Paula Pinheiro Rocha
Procurador do Trabalho — PRT 5ª Região(BA)

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República — PR/RJ

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça — MPDFT

José Antonio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho — PRT 1ª Região (RJ)

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça — MPDFT

Otávio Augusto de Castro Bravo
Promotor de Justiça Militar — PJM/RJ

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar — PJM/Recife

Robério Nunes dos Anjos Filho
Procurador Regional da República — 3ª Região

10 ANOS DO
.....
Código Civil

EDIÇÃO COMEMORATIVA

Robério Nunes dos Anjos Filho
Organizador



2013

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

Uma publicação da **ESMPU**
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar
70200-640 — Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 — Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

© **Copyright** 2013. Todos os direitos autorais reservados.

SECRETARIA DE ATIVIDADES ACADÊMICAS

Nelson de Sousa Lima

DIVISÃO DE APOIO DIDÁTICO

Adriana Ribeiro Ferreira

SUPERVISÃO DE PROJETOS EDITORIAIS

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

PREPARAÇÃO DE ORIGINAIS E REVISÃO DE PROVAS

Aline Paiva de Lucena, Adrielly Gomes de Souza, Davi Silva do Carmo,
Eduarda Lins de Albuquerque Campos, Sandra Maria Telles

NÚCLEO DE PROGRAMAÇÃO VISUAL

Rossele Silveira Curado

PROJETO GRÁFICO, CAPA E DIAGRAMAÇÃO

Clara Farias

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

D532 10 anos do código civil : edição comemorativa / Robério Nunes dos Anjos Filho (Organizador). – Brasília : ESMPU, 2014.
248 p.
ISBN 978-85-88652-64-4
Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-65-1
1. Divórcio. 2. Ilícito civil. 3. Direito civil - Brasil - filosofia. 4. Direito civil - Brasil - aspectos constitucionais. 5. Norma jurídica - operabilidade. 6. Dano moral. 7. Ação de alimentos. 8. Obrigação alimentar. 9. Abandono de filho - responsabilidade civil. 10. Direito de família. 11. Ministério Público - atribuições. 12. Fundação privada - controle. 13. Abuso do direito. I. Anjos Filho, Robério Nunes dos. CDD 342.101

APRESENTAÇÃO

A Escola Superior do Ministério Público da União tem a honra de apresentar ao leitor a presente coletânea de artigos que reúne reflexões sobre o atual Código Civil brasileiro, a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que comemora os seus dez anos de vigência, iniciada em 10 de janeiro de 2003.

A proteção jurídica das relações e bens privados foi, por muito tempo, excessivamente valorizada em nossa cultura jurídica, sobretudo após a experiência codificadora de 1804, na França, que legou ao mundo o Código Napoleônico. A partir de então, os valores do individualismo e do liberalismo econômico e social foram plasmados nos códigos civis nos países da família romano-germânica, sendo o Código Civil brasileiro de 1917 um representante tardio dessa tradição.

Por muito tempo, a âncora real do regime jurídico nacional foi a legislação civil e não a Constituição. A partir de 1988, em conformidade com novos paradigmas do direito comparado e acompanhando as mudanças da nossa sociedade nacional, houve uma reordenação da centralidade de nosso ordenamento jurídico, passando a Lei Maior a desempenhar, de forma não exclusivamente retórica, a função de supremacia no sistema normativo. Os esforços de adaptação do Código Civil aos novos padrões sociais, que já vinham sendo empreendidos com a discussão de projetos atualizadores desde a década de 1970, foram intensificados com o advento da nova Constituição que, no bojo do Estado Democrático de Direito por ela instituído, colocou a dignidade da pessoa humana como seu foco principal.

Necessariamente tinha que soçobrar a vetusta legislação civil com seus paradigmas esmaecidos e incompatíveis com os novos valores e premissas constitucionais. Essa, contudo, foi uma árdua luta que só se ultimou em 2002. O novo Código já nasce sem a pretensão de pautar de forma totalizante a vida do cidadão; é mais uma opção pragmática pela reunião de normas que têm objetos similares,

comungam das mesmas categorias jurídicas e são jungidas por mesmos princípios. A Lei n. 10.406 sequencia as orientações adotadas pelo constituinte, e aí se revitaliza e renasce a sua importância para a disciplina das relações privadas.

Estudar o novo Código Civil é fundamental para uma resposta adequada a importantes desafios contemporâneos, como a nova configuração das famílias, das relações contratuais, das ilicitudes civis e de sua reparação, da iniciativa empresarial e de tantos outros temas que tocam de perto o cotidiano das pessoas, na perspectiva individual e coletiva.

A presente coletânea aborda essas questões e também se ocupa de ideias mais amplas como a própria essência da codificação e os novos padrões de interpretação. A publicação congrega autores consagrados na doutrina brasileira, que têm dado enorme contribuição ao estudo do direito civil contemporâneo, bem como colegas e servidores do Ministério Público da União, que sempre prestam uma contribuição original a partir da vivência do Direito como ciência e técnica, e ainda jovens talentos, que merecem o estímulo para que desabrochem plenamente sua vocação acadêmica.

Agradeço, como organizador, a todos os autores, que se dispuseram a expor suas reflexões acerca de temas tão candentes, na linha da abertura de um franco diálogo com toda a comunidade acadêmica brasileira, bem como à Escola Superior do Ministério Público da União, que, por meio da sua Diretoria e de todos os seus servidores, tornou possível a concretização desse projeto.

Por fim, faço votos de que o leitor se debruce sobre os artigos que integram essa obra e possa, por meio deles, aprimorar seus conhecimentos e formar suas próprias convicções.

Robério Nunes dos Anjos Filho

Procurador Regional da República — 3ª Região

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 5

O NOVO DIVÓRCIO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO A ALIMENTOS

Rodolfo Pamplona Filho & Luiz Carlos de Assis Júnior 11

OS ILÍCITOS CIVIS NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

Felipe Peixoto Braga Netto 51

**ASPECTOS DE ALGUNS PRESSUPOSTOS HISTÓRICO- FILOSÓFICOS
HERMENÊUTICOS PARA O CONTEMPORÂNEO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO — ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA UMA REFLEXÃO**

Luiz Edson Fachin 79

O PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL

Tarcísio Henriques Filho 103

O DANO MORAL COLETIVO E A SUA REPARAÇÃO

Xisto Tiago de Medeiros Neto 119

**OBRIGAÇÕES ALIMENTARES PÓS-DIVÓRCIO:
A ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE**

Larissa Alves de Brito Zarur 153

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS
DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO DE FILHO**

Anderson Cavichioli 175

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O VELAMENTO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS
SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

Roberto Moreira de Almeida 201

ABUSO DO DIREITO — A ATUAL SISTEMÁTICA DO ILÍCITO MATERIAL

Diego Escobar Francisquini ... 221

O NOVO DIVÓRCIO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO A ALIMENTOS

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador-BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador (UNIFACS). Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito e Processo do Trabalho do Curso JusPodivm. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

Luiz Carlos de Assis Júnior

Advogado. Professor Substituto de Direito Processual Civil da UFBA; Professor de Direito Civil da Universidade Salvador (UNIFACS). Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Finalmente, tomando como premissa a supressão da separação judicial do ordenamento jurídico e a extinção da discussão da culpa nas relações de família — que compõem a face do novo divórcio — passa-se à última parte do artigo, na qual se investigam as consequências disso para o direito a alimentos entre cônjuges. Dentre as questões abordadas, destacam-se o fundamento do direito a alimentos, os parâmetros objetivos com base nos quais devem ser fixados os alimentos e a renunciabilidade desse direito.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DO NOVO DIVÓRCIO NO BRASIL

Para entender os reflexos do atual regime jurídico do divórcio em matéria de alimentos, faz-se imprescindível, ainda que brevemente, a análise dos fatos históricos que desencadearam na mais recente forma de extinção do vínculo matrimonial no Brasil, após a Emenda Constitucional n. 66/2010.

Historicamente, o casamento sempre sofreu influência da religião, qualquer que seja ela. Essa influência é percebida no ordenamento de cada país direta ou indiretamente, a depender da institucionalização da religião ou de seu estado laico. Dada sua influência na história da civilização humana, a Igreja Católica é especialmente lembrada em se tratando de constituição e dissolução do vínculo matrimonial.

Sob o prisma católico, o casamento tem origem na união celebrada por Deus entre Adão e Eva¹, em razão da inviabilidade da vida solitária, sentida pelo homem e reconhecida pela divindade. Como algo *criado* por Deus, o casamento seria sagrado e sua dissolução jamais poderia ocorrer pelas mãos do homem. Por isso mesmo, o casamento foi usualmente um ato religioso, apenas se incorporando aos atos civis após a ascensão do Estado em relação à Igreja.

No Brasil, o casamento se tornou um ato civil a partir de 1889, após a Proclamação da República e a separação entre Estado e Igreja². Isso, porém, não suprimiu a influência da Igreja na legislação pátria, uma vez que, por longos anos, o casamento permaneceu como um ato indissolúvel e, só em 1977, passou-se a admitir o divórcio no Brasil.

Yussef Said Cahali³ assinala que nos primeiros séculos do Cristianismo o divórcio e a separação foram consentidos, mas a Igreja desde logo reagiu para suprimi-los, sob o manto da parábola *não separe o homem o que Deus uniu*. A partir do século VIII, a tese da indissolubilidade do vínculo matrimonial passou a ser defendida com vigor e, no século XVII, o divórcio foi definitivamente proibido: a unidade e a indissolubilidade do matrimônio passariam a ser compreendidas como características ínsitas ao casamento⁴.

Em razão da ascensão histórica do poder espiritual sobre o poder temporal, até 1861 o casamento era regulado apenas pela Igreja, de modo que os não católicos restavam desamparados em relação ao matrimônio. Com a edição do Decreto 1.144⁵, naquele ano, o Estado brasileiro passou a regular os casamentos não católicos, dando-lhes efeitos civis, mas ainda assim lhes estendia o princípio da indissolubilidade do vínculo, permitindo apenas a separação dos corpos com a manutenção vincular. Esse decreto marcou o início do fim do monopólio do casamento pela Igreja.

Já em 1890, após a laicização do Estado brasileiro, poder secular avocou para si o domínio sobre a regulação do casamento ao promulgar o Decreto 181/1890⁶, que previa em seu artigo 1º que “o casamento civil, único válido [...], precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto” sob pena de o ministro de confissão que celebrá-lo ser punido com seis meses de prisão e multa.

Apesar do rompimento do Estado com a Igreja em 1889, a influência dos dogmas católicos sobre o ordenamento brasileiro sempre foi notória. Tentou-se em 1893, em 1896, em 1899 e em 1900 a aprovação de projetos legislativos de divórcio vincular, mas em nenhuma dessas tentativas se obteve sucesso⁷.

Na fase de elaboração e discussão do Código Civil de 1916 a matéria foi amplamente debatida, com defensores fervorosos tanto da criação do divórcio ao lado da mera separação, como da manutenção apenas desta. Ao final, “prevaleceu a orientação ditada pela tradição cristã do nosso povo⁸”, com a permanência da separação de corpos, que tinha como causas taxativas o adultério, a tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal por dois anos contínuos. Para designar essa separação, foi introduzida a palavra *desquite* no ordenamento jurídico brasileiro.

O desquite não punha fim ao vínculo matrimonial, mas tão somente à sociedade conjugal, autorizando a separação dos corpos e pondo termo ao regime de bens. O casamento não estava ao arbítrio dos cônjuges, mas do Estado: era à sustentação deste que aquele servia, por isso, se o casal se separasse, passariam os cônjuges a estarem não-quites com o Estado, ou seja, desquites.

A indissolubilidade do vínculo matrimonial perdurou por longo tempo, e contou, inclusive, com a constitucionalização da proteção da família. Essa constitucionalização da proteção da família veio no artigo 144⁹ da Constituição de 1934, que solidificou o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. No mesmo sentido, foram as constituições de 1937, artigo 124¹⁰, de 1946, artigo 163¹¹, e de 1967, artigo 167, § 1^o¹².

Relata Yussef Cahali¹³ que durante a vigência da Constituição de 1946 se tentou ferrenhamente modificar o ordenamento para a introdução do divórcio. Recorreu-se, inclusive, ao *divórcio disfarçado*, “consistente na incompatibilidade invencível entre os cônjuges, com prova de que, após decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabelecera a vida conjugal”. Mas a indissolubilidade prevaleceria até o ano de 1977, tendo sido necessária verdadeira manobra política para que pudesse ser instituído o divórcio.

Em abril de 1977, após decretar recesso parlamentar com base no AI 5, o Executivo promulgou a EC n. 8/1977, que reduziu o *quorum* necessário para a aprovação de emendas constitucionais de dois

terços para a maioria dos congressistas. Assim, os adeptos do divórcio apresentaram nova Proposta de Emenda Constitucional, que culminou na EC n. 9/1977, aprovada em primeira sessão por 219 votos e em sessão final por 226 votos¹⁴.

Com isso, a dissolução do matrimônio passou a ser permitida nos casos previstos em lei, condicionada à prévia separação judicial¹⁵, por mais de três anos, ou separação de fato caso o casal tivesse mais de cinco anos de separação na data da entrada em vigor da EC n. 9/1977, conforme regulamentação dada pela Lei n. 6.515/1977, conhecida como a lei do divórcio. Esta lei também aboliu a palavra *desquite*¹⁶ e acolheu a designação de *separação* para a mera dissolução da sociedade conjugal. Essa lei, proclamou Áurea Pimentel Pereira, constituiu “verdadeiro avanço de uma sociedade aberta e compreensiva, que já não podia continuar convivendo com [...] a inexistência, em nossa legislação, de solução adequada para os irreversíveis problemas de divergências conjugais”¹⁷.

Ao contrário de previsões pessimistas por parte dos opositores do divórcio, a família não se extinguiu e tampouco mergulhou no vão da promiscuidade. A lei demonstrou que a sociedade brasileira já era madura o bastante para fomentar as relações familiares realmente sólidas e desfazer as relações inviáveis, mas a real dissolução do vínculo em vida ainda estava condicionada à prévia separação judicial por mais de três anos, e não poderia se fazer a conversão desta em divórcio, nos termos do art. 31 da Lei n. 6.515/1977, sem a decisão definitiva sobre a partilha de bens¹⁸.

Em seguida, a promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu alterações dignas de nota em matéria de separação e divórcio. Aliás, em todo o direito de família, a começar pela própria designação da disciplina, que passou a ser chamada de direito das famílias nas academias. A Constituição de 1988 consagrou uma miscelânea de espécies familiares, desde o tradicional núcleo familiar à família monoparental, sempre fundadas no afeto.

Em sede de separação e divórcio, a CF/1988 inovou com a instituição daquela forma de divórcio que ficou conhecida como *divórcio*

*direto*¹⁹. Até então, o divórcio direto era figura excepcionalmente permitida no art. 40 da Lei n. 6.515/1977, que dispunha que no caso de separação de fato há mais de cinco anos, iniciada antes da data de 28 de junho de 1977, a ação de divórcio poderia ser promovida²⁰.

Após a CF/1988, portanto, passaram a coexistir o *divórcio direto*, que poderia ser requerido após dois anos de separação de fato e independentemente de imputação de culpa, e o divórcio por conversão, que poderia ser requerido após um ano do trânsito em julgado da decisão de separação judicial.

Desde a promulgação do Código Civil de 1916, foram marcantes as mudanças ocorridas em sede de direito de família, especialmente no que tange ao divórcio e à separação. O conceito de família para realização de fins estatais foi pela realização da pessoa, pois a pessoa constitui família para a sua felicidade e não para a felicidade do Estado.

Nesse passo, vê-se que o regime jurídico da separação e do divórcio constituía óbice para a busca da felicidade não apenas em razão dos prazos impostos, mas também devido às amarras travadas pela necessidade de se discutir culpa como elemento de fixação dos efeitos colaterais da separação ou do divórcio. Entre esses efeitos, estão os alimentos, que eram tradicionalmente fixados em razão da culpa.

Finalmente, em 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, suprimindo a separação judicial e qualquer lapso temporal como pressuposto para o divórcio. Com espetacular clareza e brevidade, a Constituição passou a prescrever que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Interessante notar que quando da promulgação da primeira lei do divórcio no Brasil, a Lei n. 6.515/1977, os antidiivorcistas disseminaram a idéia de que se essa lei fosse aprovada, nenhum casamento restaria no país. Isso não ocorreu. O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir sua própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos.

O novo divórcio — verdadeiro divórcio direto — é um inequívoco direito potestativo²¹: não está sujeito a restrições temporais e nem morais. O regime jurídico²² do novo divórcio revolucionou o direito de família ao romper com antigos dogmas, o que implica na necessária releitura de alguns elementos que eram correntes nas separações.

Para este artigo, interessa entender qual a atual situação jurídica da culpa como elemento para fixação da obrigação alimentar entre os divorciandos.

3 A EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

O Código Civil de 2002 regula a dissolução da sociedade conjugal a partir do artigo 1.571²³, elencando a separação judicial entre as formas de dissolução. O pedido de separação judicial, por sua vez, estaria sempre vinculado à imputação de culpa. Diante disso, é se questionar: após a Emenda Constitucional n. 66, que suprimiu a separação judicial como pressuposto para o divórcio na Constituição Federal, a separação judicial continua a existir?

Para responder a essa indagação, é preciso fazer uma breve incursão no campo da constitucionalização do Direito Civil. Trata-se de fenômeno que tem como marco a II Guerra Mundial, quando se passou a estudar o direito como instrumento de eficácia social.

Antes disso, o Código Civil²⁴ funcionou como a constituição das relações privadas, pois era tido como única fonte de direito entre os particulares. Seus pilares, família, contrato e propriedade, eram caracterizados, respectivamente, pela submissão ao poder do marido, pela força de lei da vontade e pelo direito absoluto de propriedade. Isso constituía a experiência de um passado a ser conservado²⁵.

O caráter central do Código Civil resta abalado depois da percepção de sua insuficiência para solucionar os complexos conflitos so-

ciais surgidos a partir da I Guerra Mundial²⁶. Recorde-se que os moldes sob os quais se materializou o Código de 1916 consumaram o *darwinismo jurídico*²⁷, sem espaço para justiça social, e, após o marco histórico da I Guerra Mundial, a mudança seria inevitável.

Iniciou-se, então, um movimento intervencionista²⁸ — por meio de leis esparsas e da própria Constituição — nas relações privadas, o chamado Estado Social. Inicialmente tímido, não alterou substancialmente a centralidade do Código Civil de 1916; mas, a partir da década de trinta, a legislação esparsa já não era excepcional e passou a dividir considerável espaço jurídico com o Código Civil. Não se tratava, ainda, da efetiva constitucionalização do direito, dado que o Código Civil permanecia como referência retroalimentar das leis esparsas.

No Brasil, a efetiva constitucionalização do direito, com a unificação do sistema em torno da Constituição, começa após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em março de 1992, na aula inaugural da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo Tepedino defendeu ser necessário “buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”²⁹.

Este é o espírito da constitucionalização, pelo que Paulo Lôbo, refletindo à luz de um sistema uno, afirmou que “a mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência”³⁰.

Em razão dessa nova sistemática, o Código Civil passa a ser mais um dos tantos satélites legislativos em órbita no entorno da Constituição, ou seja, o Código Civil não possui autonomia valorativa frente à Constituição³¹, mas, deve estar — assim como as demais leis especiais — axiologicamente em consonância com a Carta Magna. Isso decorre da força normativa da Constituição³², uma vez que ela possui o poder de modificação da realidade, sendo a sua força normativa proporcional à convicção sobre a sua inviolabilidade.

E quais os reflexos da constitucionalização do Direito Civil para o regime jurídico de dissolução do vínculo matrimonial?

Antes da EC n. 66/2010, o divórcio era precedido de separação, judicial ou de fato. Aquilo que se denominava divórcio direto dependia de prévia separação de fato há mais de dois anos, enquanto o divórcio por conversão dependia da anterior separação judicial por mais de um ano. Com a promulgação da emenda, o regime de dissolução do vínculo matrimonial necessariamente sofre sua incidência e, inquestionavelmente, muda, pois o divórcio deixa de ser precedido de separação judicial: nasce o divórcio verdadeiramente direto, que independe de qualquer condição temporal.

A modificação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal foi extremamente significativa, não podendo ser ignorada, razão por que cabe ao pesquisador do direito identificar os rumos dos institutos jurídicos que sofreram seu reflexo, e aos tribunais, assentar as diversas interpretações que surgirem. Trata-se de um efeito necessário decorrente da constitucionalização do Direito Civil.

O instituto da separação judicial não encontra outra sorte, senão a de sua supressão do ordenamento. Essa é a conclusão a que se chega também quando investigada a *mens legis*. Na proposta original, a EC n. 66/2010 teria a seguinte redação: “o casamento civil pode dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, *na forma da lei*”.

A justificativa da proposta esclarecia o infortúnio de se manter a duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, razão por que impunha a unificação, no divórcio, de todas as hipóteses de separação dos cônjuges. Com essa ideia, a proposta foi aprovada na Câmara dos Deputados, mas a expressão *na forma da lei* foi suprimida, e não poderia ser diferente, afinal, se a finalidade era extinguir os prazos para a concessão do divórcio, o poder constituinte derivado não poderia deixar margens para que lei infraconstitucional pudesse normatizar em sentido contrário.

De mais a mais, as normas que regem as relações de família não são rígidas, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao

patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros. Aliás, é se pensar que, se a união estável se equipara ao casamento para todos os efeitos, o contrário não pode ser diferente, constituindo mais uma razão para que seja facilitada tanto a sua constituição como a sua desconstituição.

O trâmite da proposta que resultou na EC n. 66/2010 reforça a conclusão de que a separação judicial restou definitivamente suprimida. Importante notar, ainda, que o próprio cabeçalho da Emenda Constitucional n. 66/2010 — que, apesar de ter natureza explicativa, não pode deixar de ser levado em conta neste momento de transição — também é no sentido de que a separação judicial resta suprimida do ordenamento, veja-se:

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66, DE
13 DE JULHO DE 2010.

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos³³.

A doutrina^{34 35} também não destoa desse raciocínio. Maria Berenice Dias é incisiva no sentido de que

desapareceu toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que cabe ser concedido sem prévia separação judicial e sem a necessidade de implementos de prazos [bem assim], foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema³⁶.

Em plena sintonia com esta interpretação, Rodrigo da Cunha Pereira³⁷ explica que, ao excluir qualquer referência à separação judicial, a Constituição Federal aboliu não só os prazos, mas qualquer outro requisito para a concessão do divórcio, sobretudo diante da força normativa da Constituição. Paulo Lôbo Neto também é pela imediata incidência da Emenda Constitucional ao expressar que “a Constituição deixou de tutelar a separação judicial”³⁸.

Por todas as considerações acima, é inarredável a conclusão de que o divórcio, após a Emenda Constitucional n. 66, imprescinde de qualquer requisito temporal, ou seja, trata-se de divórcio verdadeiramente direto.

4 A SUPRESSÃO DA DISCUSSÃO DA CULPA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Visto que a separação judicial restou definitivamente suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, resta saber se a dissolução do vínculo e seus efeitos colaterais ainda comportam seja travada discussão em torno da culpa.

A culpa é historicamente responsável pelo desfecho de muitas matérias submetidas ao crivo do Direito, especialmente na responsabilidade civil e no direito de família. Em se tratando de culpa, a doutrina corriqueiramente remete o estudioso ao direito romano, porque ali estaria a sua origem, mais especificamente na *Lex Aquilia*, como se o conceito de culpa tivesse saltado do direito romano para o século XIX, quando passou a ser introduzida nos códigos oitocentistas. Ocorre que isso não é suficiente para explicar como a culpa ganhou contornos morais e se espalhou, inclusive, pelo direito de família.

Investigando as origens do termo *responsável*, Michel Villey³⁹ dá importantes contribuições acerca de como a culpa foi introduzida no direito clássico com tamanha carga moral. Explica o autor que, após a baixa do Império Romano pelos bárbaros, a ordem social da Europa passou ao comando daqueles que pregavam a obediência à lei moral divina, ao argumento de que a intenção subjetiva de cada homem era julgada por Deus, porque “Deus sonda os rins e o coração”⁴⁰.

No entanto, continua o autor⁴¹, como o homem está obrigado a conviver com seus semelhantes, a partir do século XVI, o jurista do direito natural passa a prescrever as condutas devidas por cada um

na lei temperada pela moral cristã. Partindo de preceitos morais, cada um passa a ser responsável diante do foro pessoal por suas condutas, mas a responsabilidade pelas consequências estaria condicionada à culpa.

Tendo em vista que, no Brasil, o casamento esteve sob o monopólio da Igreja até o final do século XIX, os dogmas cristãos⁴² — entre eles, a culpa — estavam enraizados nos institutos da família quando da promulgação do Código Civil de 1916. Somado a isso, a influência francesa sobre o legislador brasileiro levou à introdução da culpa no Código Civil de 1916, que ganhou especial destaque no regime do *desquite*.

Uma vez que prevalecia a indissolubilidade do casamento, e que só respondia por seus atos aquele que agisse com culpa, o *desquite* estava condicionado à prova, pelo outro cônjuge, de uma das condutas culposas elencadas no art. 317⁴³ do CC/1916, bem assim, os alimentos só seriam devidos ao cônjuge não-culpado⁴⁴, de modo que o cônjuge culpado era sancionado com a subtração do direito aos alimentos.

Ao ser promulgada, a Lei n. 6.515/1977 suprimiu aquele rol de condutas culposas do art. 317 do CC/1916 e condicionou a separação judicial à insuportabilidade da vida em comum⁴⁵, conceito verdadeiramente indeterminado que abrangia, inclusive, as causas antes previstas no art. 317 do antigo Código Civil. Na mesma esteira normativa do Código Civil de 1916, a Lei n. 6.515/1977 imputava a obrigação alimentar ao cônjuge que desse causa à separação, isto é, ao cônjuge considerado culpado caberia o dever de prestar alimentos⁴⁶ e não teria direito aos alimentos caso necessitasse. Desta forma, as matérias de separação judicial e fixação de alimentos estavam inequivocamente envolvidas pela discussão acerca da culpa na Lei n. 6.515/1977.

No Código Civil de 2002 não foi diferente. O novo *codex* resgatou o rol de causas da separação⁴⁷ do CC/1916, porém, deixou claro tratar-se de rol meramente exemplificativo⁴⁸ ao prescrever que o juiz poderia considerar outros fatos que tornassem evidente a impossibilidade da vida em comum. Na sistemática da separação judicial litigiosa, um dos cônjuges deveria imputar ao outro qualquer ato

que importasse em grave violação dos deveres do casamento, o que necessariamente implicava na desgastante discussão da culpa.

Ao contrário da Lei n. 6.515/1977 e do CC/1916, o Código Civil de 2002 mitigou a punição para o cônjuge reputado culpado pela falência do casamento. Antes, o cônjuge culpado não tinha direito algum à pensão alimentícia⁴⁹, mas o novo *codex* limitou os efeitos punitivos da culpa na fixação dos alimentos ao criar obrigação alimentar para o cônjuge não culpado limitada aos alimentos naturais, o indispensável à sobrevivência do cônjuge culpado.

No entanto, enquanto se exigia prova de culpa para a separação judicial litigiosa, o divórcio direto após dois anos de separação de fato dispensava qualquer discussão acerca da culpa, conforme a antiga redação do art. 226, § 6º, da CF/1988 e atual redação do art. 1.580 do Código Civil. Se a dissolução do vínculo matrimonial dispensava prova de culpa, por que exigi-la para a mera dissolução da sociedade conjugal?

A verdade é que a culpa está sendo progressivamente desprotagonizada do palco das dissoluções matrimoniais, é o que se denota da análise de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça envolvendo culpa nas relações de família no decorrer da década de 1990 até os dias atuais. Antes do Código Civil de 2002 — mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 — o apego à culpa era evidente, e até questões processuais eram invocadas para sustentá-la. Se um dos cônjuges ajuizasse ação pedindo separação judicial com base na culpa do outro, a Corte Federal não admitia a conversão da separação-sanção⁵⁰ em separação sem-culpa, ainda que culpa alguma restasse provada no decorrer da instrução processual⁵¹, ou seja, se a demanda se iniciou fundada em culpa, era em torno da culpa que ela deveria ser resolvida.

Após a promulgação do Código Civil de 2002, esse entendimento foi flexibilizado para permitir, ainda que a ação estivesse fundada na culpa, a decretação da separação judicial com base na mera insuportabilidade da vida em comum⁵². Diferentemente do que ocorria antes da entrada em vigor do CC/2002, passou-se a entender que a decretação da separação sem-culpa não implicaria julgamento

diverso do pedido. Em decorrência dessa flexibilização, ao juiz se conferiu autonomia para decidir pela separação sempre que identificasse fatos que evidenciassem a insustentabilidade da vida em comum, mesmo que o pedido inicial atribuísse culpa exclusiva ao réu e inexistisse reconvenção⁵³, ou seja, a culpa vinha paulatinamente perdendo prestígio.

Também não se pode desconsiderar a Constituição Federal de 1988 como marco para o desprestígio da culpa nas relações de família. Muitas leis infraconstitucionais foram alteradas para se adequarem à CF/1988 — que originariamente instituiu o divórcio sem causa para os cônjuges separados de fato há mais de dois anos —, de modo que a antiga lei do divórcio, Lei n. 6.515/1977, teve seu art. 40⁵⁴ modificado, passando a prever tão somente o decurso do tempo — e não mais sua cumulação com a culpa — como requisito para o fim do vínculo matrimonial. Logo, se a prova da culpa não era exigida para a decretação do divórcio, por que seria necessária sua prova para o rompimento da sociedade conjugal? Essa têmica levou o Superior Tribunal de Justiça a decidir que “não há mais que se cogitar, pelo menos não necessariamente, da análise da causa da separação (‘culpa’) para efeito de decretação do divórcio direto, sendo bastante o requisito da separação de fato por dois anos consecutivos”⁵⁵.

Com isso, mesmo nos casos em que os cônjuges imputavam culpa reciprocamente por meio da ação de separação e da reconvenção, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir que o juiz decretasse a separação sem imputação de causa a qualquer das partes⁵⁶, isto é, sem os inconvenientes que a investigação da culpa normalmente acarretava.

Estas considerações permitem concluir que a culpa está intimamente vinculada à separação, estão em simbiose, como principal e acessório herdados dos dogmas da Igreja. Logo, em tendo a separação judicial sido suprimida do ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do novo divórcio instituído pela Emenda Constitucional n. 66/2010, é de se concluir que a culpa seguiu a mesma sorte, quer dizer, não há mais espaço no direito brasileiro para se discutir culpa nas relações de família, inclusive no que tange ao direito a alimentos.

5 OS REFLEXOS DO NOVO DIVÓRCIO NO DIREITO A ALIMENTOS

A palavra *alimento*, segundo Pontes de Miranda, comporta dupla significação, “na linguagem comum significa o que serve à subsistência animal; juridicamente, os alimentos compreendem tudo o que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa, [...] ao tratamento de moléstias”⁵⁷.

Tradicionalmente, os alimentos são classificados em duas espécies, naturais e civis. A primeira, *necessarium vitae*, “corresponde à alimentação, despesas médicas, vestuários e habitação, e a *necessarium personae*, [civis], corresponde às despesas destinadas ao aspecto intelectual e moral”⁵⁸. Com base no artigo 1.687 do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda⁵⁹ já advertia que essa distinção não tinha razão de ser, pois que por alimentos se deveria considerar o sustento, a cura, o vestuário e a casa, além da educação, se o alimentando fosse menor. Não obstante, o Código Civil de 2002 adotou a distinção para fixar o direito a alimentos do cônjuge considerado culpado pela dissolução da sociedade conjugal, dispondo que “se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.” (art. 1.704, parágrafo único, CC/2002).

A obrigação alimentar deriva do parentesco⁶⁰, da responsabilidade civil — no caso dos alimentos indenizatórios —, da convenção entre as partes⁶¹ ou do dever de mútua assistência. O direito a alimentos decorrente do dever de mútua assistência está para a dissolução da sociedade conjugal, não se confundindo com o direito a alimentos derivado do parentesco. Por isso, o regime jurídico da culpa previsto no art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil de 2002, incidiria apenas nos alimentos resultantes da mútua assistência conjugal.

Ainda assim, a incidência deste dispositivo na fixação de alimentos conjugais já vinha sofrendo restrições, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso em

Mandado de Segurança n. 28336⁶², antes da EC n. 66/2010, o STJ fixou que a investigação da culpa não encontrava espaço na demanda em que se buscava obrigar o cônjuge supostamente culpado a prestar alimentos, porquanto ela apenas poderia influenciar na fixação do *quantum* devido em favor do cônjuge culpado, mas não em desfavor do cônjuge apontado como culpado. Logo, nas hipóteses em que se apontasse como culpado o cônjuge que prestaria alimentos, seria desnecessário provar culpa e o valor dos alimentos teria de ser arbitrado com fulcro na necessidade de quem pede e nas possibilidades de quem presta. A decisão teve como parâmetro não apenas a obrigação alimentar isoladamente, mas levou em conta o direito constitucional à preservação da intimidade, eis que no caso havia sido deferida incidentalmente a quebra do sigilo telefônico do cônjuge supostamente culpado.

Tendo-se concluído nos tópicos anteriores pela supressão da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro e, em consequência, pelo fim da discussão da culpa nas relações de família, entende-se mesmo que o parágrafo único do art. 1.704 do Código Civil de 2002 não encontra mais campo de incidência no ordenamento pátrio. Ao ser promulgada, a Emenda Constitucional n. 66/2010 instituiu o divórcio direto, extinguiu a separação judicial e revogou todos os dispositivos infraconstitucionais que dela decorriam, dentre os quais se destacam as prescrições que envolvem os efeitos da culpa na obrigação alimentar entre os cônjuges.

Compreender o novo regime jurídico da obrigação alimentar entre os cônjuges implica levar em consideração a supressão da culpa nas relações familiares e impõe entender o fundamento do direito conjugal aos alimentos, a sua renunciabilidade e os parâmetros de sua fixação.

O fundamento dos alimentos conjugais vai além da obrigação civil de mútua assistência para encontrar bases sólidas na solidariedade constitucional, necessária à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É esta a razão de se fixar alimentos, conforme se depreende de orientação da doutrina contemporânea: “a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF/1988, art. 3º), norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social”⁶³.

Se o casamento chegou ao seu final, não se deve investigar culpa a fim de punir o suposto culpado. Certamente, as razões para o fim da *affectio maritalis* vão além de uma conduta culposa, e sua discussão não acarretaria mais que remexer feridas na vida do casal. Com efeito, a culpa não é óbice para a fixação de alimentos a quem os pede e deles necessita, não podendo constituir pena para quem deve prestar e tampouco para quem os pleiteia.

O arbitramento de alimentos deve seguir parâmetros objetivos⁶⁴, deverá ser orientado pelo binômio *necessidade* de quem pleiteia e *possibilidade* de quem os presta. Havendo provas nos autos de ambos os parâmetros, ao juiz não cabe indagar quem foi o responsável pela ruptura do casamento, mas tão somente fixar o *quantum* devido. A culpa já não era fundamento do direito a alimentos conjugais, e agora resta claro que também não constitui variante para a fixação do encargo alimentar; a culpa se foi com a separação judicial.

Ainda que fundado cumulativamente na mútua assistência e no dever à solidariedade, o direito conjugal aos alimentos não é absoluto. Trata-se de direito alimentar que difere dos alimentos decorrentes do parentesco, o que justifica afirmar que se trata de direito renunciável e limitado aos efeitos do casamento. Deve-se ter em mente que os efeitos do casamento se iniciam com sua celebração e terminam com o fim do vínculo matrimonial, quer dizer, a projeção dos efeitos do casamento para além desse marco é uma exceção cuja eficácia depende de expressa manifestação dos cônjuges. Extinguindo-se o vínculo matrimonial, extingue-se também a obrigação alimentar, salvo na hipótese em que ela tenha sido fixada na sentença que decretou a ruptura do casamento.

Pontes de Miranda já advertia que

no trato das relações jurídicas de que se irradiam direitos e deveres alimentares devem-se separar, nitidamente, o que concerne à existência da sociedade conjugal, o que deriva da relação jurídica de pátrio poder [...] e o que provém da relação jurídica paterno-filial⁶⁵.

Em sendo assim, explicava o civilista, “não há dever e obrigação de alimentos entre cônjuges separados judicialmente, nem entre divorciados, salvo se fixados em sentença ou acordo”⁶⁶.

No Código Civil de 1916, o Capítulo VII do Título V cuidava dos alimentos e o art. 404⁶⁷ dispunha que o direito aos alimentos era irrenunciável. O art. 396, que inaugurava o referido capítulo, prescrevia que os parentes tinham obrigação alimentar recíproca, sem mencionar os cônjuges, de modo que, conjugados, levavam à conclusão de que só alimentos decorrentes do parentesco é que não podiam ser renunciados⁶⁸.

Contrariando tal raciocínio, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 379, em 1964, a qual dispunha que “no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”⁶⁹. Na época em que a súmula foi editada, não se permitia o divórcio no Brasil, apenas a dissolução da sociedade conjugal era admitida, persistindo, entre outros, o dever de mútua assistência. Nessa linha, a posição do STF se sustentava unicamente pela persistência do dever de mútua assistência após a separação judicial, mas merece ser repensada a partir do divórcio⁷⁰, que finaliza o vínculo matrimonial, subsistindo apenas os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Com efeito, após a instituição do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, com a EC n. 9/1977, o processo de dissolução do casamento passou a admitir duas fases, uma primeira em que se dissolvia a sociedade conjugal, persistindo o dever de mútua assistência, e outra na qual se extinguiu o vínculo conjugal, colocando fim a todos os deveres entre os cônjuges derivados do casamento. Assim, questiona-se, tendo havido dispensa dos alimentos quando da separação, deveria o cônjuge ficar vinculado à obrigação conjugal alimentar mesmo após o divórcio, quando nada tivesse sido estipulado no acordo ou na sentença que o decretou?

A primeira leitura do tratamento dado pelo Código Civil de 2002 aos alimentos pode induzir à conclusão de que o direito a alimentos,

mesmo proveniente do casamento, é irrenunciável. É que, ao contrário do antigo Código Civil, o CC/2002 tratou sob única rubrica — *dos alimentos* — o direito a alimentos originário do parentesco ou do casamento, no art. 1.694⁷¹, e prescreveu que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos” (art. 1.707). Dessa forma, devem ser lidos conjuntamente os arts. 1.694, 1.704⁷² e 1.707, todos do Código Civil de 2002.

O art. 1.694 prescreve caber aos *cônjuges* pedir alimentos um ao outro, enquanto o art. 1.704 estende esse direito aos cônjuges separados judicialmente. Cônjuge é qualidade de quem está casado. Após a dissolução do vínculo matrimonial, deixa-se de ser cônjuge, passando-se ao estado de ex-cônjuge, de divorciado, não se guardando sequer o estado de *cônjuges separados judicialmente*, qualificação extraída do art. 1.704 do CC/2002. Não existe o estado de *cônjuge divorciado*, ou são cônjuges ou são divorciados. O dever alimentar existe entre cônjuges ou entre cônjuges separados judicialmente, logo passando ao estado de divorciados — o que gera a completa extinção do vínculo matrimonial — não persiste a obrigação alimentar. O art. 1.707, que veda a renúncia ao direito a alimentos, ainda que fosse eficaz em relação ao direito a alimentos entre cônjuges, teria sua eficácia limitada aos cônjuges ou cônjuges separados judicialmente. Advindo o divórcio sem ressalva sobre obrigação alimentar entre os ex-cônjuges, nenhum direito alimentar cabe àquele que o pleitear futuramente. É que a sentença que decretar o divórcio pode gerar efeitos obrigacionais entre aqueles que não mais guardam dever de mútua assistência entre si, mas se esse dever não é fixado em decisão ou pactuado em acordo que põs fim ao vínculo matrimonial, não haverá suporte fático-jurídico para amparar eventual pretensão alimentar.

Desta feita, uma vez que o casamento fosse dissolvido, após satisfeitas as condições legais, a nenhum título se poderia impor ao ex-cônjuge a obrigação de alimentar outro que, durante o casamento, deixara de receber pensão alimentícia, se entre os dois não existe relação de parentesco e também não mais os une o vínculo matrimonial. O próprio Supremo Tribunal Federal confirmou essa construção no julgamento do Recurso Extraordinário n. 104620⁷³, e o

Superior Tribunal de Justiça o ratificou em todas as oportunidades nas quais apreciou a matéria⁷⁴.

Assim, tem-se que, até o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, o direito a alimentos entre cônjuges era renunciável e, se houvesse dispensa dos alimentos na separação judicial que fosse seguida de divórcio silente quanto aos alimentos, nada seria devido a título alimentar após o fim do vínculo matrimonial.

Após a instituição do novo divórcio pela EC n. 66/2010, com a supressão da separação judicial, estão revogados os arts. 1.702⁷⁵ e 1.704⁷⁶ do Código Civil de 2002. Persiste o *caput* do art. 1.694, mas com a restrição de que, para garantir o direito a alimentos, o cônjuge que dele necessita deve pleitear sua fixação na sentença que decretar o divórcio ou a pensão alimentícia deve ser avençada pelos cônjuges. Caso contrário, uma vez divorciados, não há mais obrigação alimentar recíproca porque extinto o vínculo matrimonial que a sustentava.

Processualmente, se o cônjuge interessado for autor da ação de divórcio, deverá cumular o pedido de divórcio com o pedido de alimentos, sob pena de sofrer os efeitos da preclusão lógica. Se o cônjuge interessado for réu, não podendo se opor à decretação do divórcio — que após a EC n. 66/2010 passa ao patamar de direito potestativo incondicionado —, restará a ele fazer pedido contraposto para que sejam os alimentos fixados em sentença ou decairá em seu direito a alimentos. Em se tratando de divórcio consensual, seja judicial ou extrajudicial, se os cônjuges nada tratarem sobre os alimentos, deverá ficar subentendida a renúncia tácita recíproca a esse direito.

Verificou-se que não podem persistir dúvidas de que o direito a alimentos decorrente das relações conjugais passa a ser avaliado sob ótica objetiva após a Emenda Constitucional n. 66/2010. O novo divórcio promoveu verdadeira revolução no direito de família com reflexos sobre o direito a alimentos, não que haja regras expressas nesse sentido, mas se infere novos parâmetros para tratamento da matéria, como é o caso da supressão da culpa e da necessidade de se fixar alimentos na sentença ou acordo que põe fim ao vínculo matrimonial, sob pena de não se poder pleitear alimentos futuramente.

O parâmetro de fixação dos alimentos é objetivo, trata-se do binômio necessidade — possibilidade. Não se tratando de matéria a ser conhecida de ofício, desde que pleiteado, é com base na necessidade de quem pede e na possibilidade de quem presta que o julgador deverá fixar a verba alimentícia.

É justamente essa nova sistemática que confirma a possibilidade de serem arbitrados alimentos transitórios, se assim impuserem-se as circunstâncias do caso concreto. O julgador deverá considerar que cônjuge necessitado é aquele que não pode garantir o padrão de vida, por meio da atividade que esteja apto a exercer, correspondente ao seu estado social enquanto casado, ao passo que a possibilidade deve ser aferida com base no equilíbrio da manutenção do padrão do cônjuge que necessita com a do padrão do cônjuge que prestará alimentos. Se das circunstâncias se extrai que o cônjuge que pede não tem condições de manter o seu padrão social de imediato, mas há inequívocas variantes que indicam a possibilidade de fazê-lo dentro de certo prazo, isso deve fundamentar a fixação dos alimentos a tempo certo. Consideram-se variantes a serem levadas em conta, por exemplo, a idade, a formação, a profissão, a aptidão para o trabalho, o patrimônio decorrente da partilha de bens, a guarda dos filhos e, inclusive, a boa-fé objetiva, entre outros.

A determinação da obrigação alimentar considera as circunstâncias do momento do pedido, mas, tendo em vista aquelas variantes, o julgador deverá fazer uma projeção para avaliar a possibilidade de mudança das condições que determinaram a prestação. Não será preciso esperar que os pressupostos que sustentaram a fixação dos alimentos se modifiquem para que o ex-cônjuge interessado peça a revisão de sua obrigação, podendo, desde já, ser projetada a probabilidade de que isso aconteça para que os alimentos sejam arbitrados transitoriamente.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou recentemente a questão e firmou precedente pela possibilidade dos alimentos a tempo certo, sustentando que o condicionamento dos alimentos por determinado lapso temporal “se reveste de fato motivador para que o alimentando busque, efetivamente, sua colocação profissional, sem

que permaneça, indefinidamente, à sombra do conforto material propiciado pelos alimentos que lhe são prestados pelo ex-cônjuge, outrora provedor do lar”⁷⁷.

Resta evidenciado, portanto, que o regime do novo divórcio gerou reflexos expressivos no direito a alimentos, de um lado, inovando com a supressão da culpa e, de outro, fortalecendo posições jurisprudenciais que vêm sendo firmadas acerca da fixação de alimentos e seus limites.

6 CONCLUSÕES

Do quanto até aqui desenvolvido, extraem-se as seguintes conclusões:

- I. Na historiografia do casamento no Brasil, percebe-se com facilidade que os dogmas da Igreja — especialmente da vedação do divórcio — sempre influenciaram no regime do casamento, mesmo após o rompimento do Estado com a Igreja em 1889. Tentou-se, em 1893, em 1896, em 1899 e em 1900, a aprovação de projetos legislativos de divórcio vincular, mas em nenhuma das tentativas se obteve sucesso.
- II. No Código Civil de 1916, após ampla discussão sobre o tema, prevaleceu a indissolubilidade do vínculo matrimonial, possibilitando-se apenas a dissolução da sociedade conjugal por meio do *desquite*.
- III. O divórcio foi introduzido no Brasil em 1977, por meio da Emenda Constitucional n. 9/1977, cuja regulamentação se deu na Lei n. 6.515/1977. A dissolução do matrimônio passou a ser permitida, condicionada à prévia separação judicial por mais de três anos ou separação de fato, caso o casal tivesse mais de cinco anos de separação na data da entrada em vigor da EC n. 9/1977.
- IV. A promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu importantes alterações em sede de separação e divórcio no Brasil.

Além de instituir o chamado *divórcio direto*, que dependia de prévia separação de fato de dois anos, reduziu o prazo para o divórcio por conversão, passando a exigir apenas um ano de separação judicial como requisito para a dissolução do vínculo matrimonial.

- V. Em 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, suprimindo a separação judicial e qualquer lapso temporal como pressuposto para o divórcio.
- VI. Dada a força normativa da Constituição, o Código Civil deve ser interpretado à luz da Constituição, razão pela qual se entende que o divórcio deixa de ser precedido de separação judicial: nasce o divórcio verdadeiramente direto, que independe de qualquer condição temporal ou de separação judicial prévia, em razão da supressão desta do ordenamento jurídico pátrio.
- VII. No que tange à discussão acerca da culpa nas relações de família, percebeu-se que a sua eficácia foi progressivamente sendo restringida na medida em que se prestigiava a dissolução do vínculo matrimonial: já não se discutia culpa no divórcio condicionado ao prazo de dois anos de separação de fato.
- VIII. A própria jurisprudência já vinha firmando precedentes no sentido de se dispensar discussão em torno da culpa mesmo na separação. Nos casos em que os cônjuges imputavam culpa reciprocamente por meio da ação de separação e da reconvenção, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir que o juiz decretasse a separação sem imputação de causa a qualquer das partes, isto é, sem os inconvenientes que a investigação da culpa normalmente acarretava.
- IX. A culpa sempre esteve intimamente vinculada à separação, como principal e acessório herdados dos dogmas da Igreja. Em tendo a separação judicial sido suprimida do ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do novo divórcio instituído pela Emenda Constitucional n. 66/2010, a culpa seguiu a mesma sorte, quer dizer, não há mais espaço no direito brasileiro para

se discutir culpa nas relações de família, inclusive no que tange ao direito a alimentos.

- X. O direito a alimentos decorrente do dever de mútua assistência está para a dissolução da sociedade conjugal, não se confundindo com o direito a alimentos derivado do parentesco. Por isso, o regime jurídico da culpa, previsto no art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil de 2002, incidiria apenas nos alimentos resultantes da mútua assistência conjugal.
- XI. Tendo a discussão acerca da culpa sido suprimida nas relações de família, entende-se que o parágrafo único do art. 1.704 do Código Civil de 2002 não encontra mais campo de incidência no ordenamento pátrio. Ao ser promulgada, a Emenda Constitucional n. 66/2010 instituiu o divórcio direto e revogou todos os dispositivos infraconstitucionais que dela decorriam, dentre os quais se destacam as prescrições envolvendo os efeitos da culpa na obrigação alimentar entre os cônjuges.
- XII. Atualmente, entende-se que o fundamento dos alimentos conjugais vai além da obrigação civil de mútua assistência para encontrar bases sólidas na solidariedade constitucional, necessária à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Se o casamento chegou ao seu final, não se deve investigar culpa a fim de punir o suposto culpado, pois a culpa não é óbice para a fixação de alimentos a quem os pede e deles necessita, não podendo constituir pena para quem deve prestar e tampouco para quem os pleiteia.
- XIII. O arbitramento de alimentos deve seguir parâmetros objetivos, deverá ser orientado pelo binômio *necessidade* de quem pleiteia e *possibilidade* de quem os presta. Havendo provas nos autos de ambos os parâmetros, ao juiz não cabe indagar quem foi o responsável pela ruptura do casamento, mas tão somente fixar o *quantum* devido.
- XIV. Ainda que fundado cumulativamente na mútua assistência e no dever de solidariedade, o direito conjugal aos alimentos não é ab-

soluta. Trata-se de direito alimentar que difere dos alimentos decorrentes do parentesco, o que justifica afirmar que se trata de direito renunciável e limitado aos efeitos do casamento. A projeção dos efeitos do casamento para além do seu fim é uma exceção cuja eficácia depende de expressa manifestação dos cônjuges. Extinguindo-se o vínculo matrimonial, extingue-se também a obrigação alimentar, salvo na hipótese em que ela tenha sido fixada na sentença que decretou a ruptura do casamento.

- XV. Uma vez que o casamento seja dissolvido, a nenhum título se pode impor ao ex-cônjuge a obrigação de alimentar outro, se entre os dois não existe relação de parentesco e também não mais os une o vínculo matrimonial.
- XVI. Após a instituição do novo divórcio pela EC 66/2010, com a supressão da separação judicial, estão revogados os arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil de 2002. Persiste o *caput* do art. 1.694, mas com a restrição de que, para garantir o direito a alimentos, o cônjuge que dele necessita deve pleitear sua fixação na sentença que decretar o divórcio ou a pensão alimentícia deve ser avençada pelos cônjuges. Caso contrário, uma vez divorciados, não há mais obrigação alimentar recíproca porque extinto o vínculo matrimonial que a sustentava.
- XVII. Em sendo o parâmetro de fixação dos alimentos objetivo, está confirmada a possibilidade de serem arbitrados alimentos transitórios, se assim se impuserem as circunstâncias do caso concreto. Se das circunstâncias se extrai que o cônjuge que pede não tem condições de manter o seu padrão social de imediato, mas há inequívocas variantes que indicam a possibilidade de fazê-lo dentro de certo prazo, isso deve fundamentar a fixação dos alimentos a tempo certo.
- XVIII. Restou evidenciado que o regime do novo divórcio gerou reflexos expressivos no direito a alimentos, de um lado, inovando com a supressão da culpa e, de outro, fortalecendo posições jurisprudenciais que vêm sendo firmadas acerca da fixação de alimentos e seus limites.

NOTAS

1. CARVALHO NETO, 2007. p. 27.
2. CARVALHO NETO, 2007. p. 28.
3. CAHALI, 2000, p. 27-28.
4. Para amenizar os infortúnios que naturalmente decorrem de qualquer relação obrigatória entre duas pessoas, permitiu-se a separação dos corpos, isto é, faticamente, o casal se separava, mas o matrimônio permanecia. Atualmente, o Código Canônico consente a separação perpétua e a separação temporária. Enquanto a separação perpétua decorre do adultério, que deve ser certo, não consentido nem perdoado e nem compensado pelo cônjuge traído, quaisquer outras causas apenas podem ensejar a separação temporária, que perdura enquanto durar sua causa. (CAHALI, 2000, p. 28)
5. Decreto n. 1.144/1861. “Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das Leis do Império serão extensivos: 1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fora do Império segundo os ritos ou as Leis a que os contraentes estejam sujeito. 2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Império, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quais verifique-se a celebração do ato religioso. 3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Império, segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, contanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na forma que determinado for em Regulamento [...]”. (CARVALHO NETO, 2007. p. 37)
6. Decreto n. 1.181/1890. “Art. 1º O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Decreto 181 de 24 de janeiro ultimo, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solenizá-los os nubentes. Art. 2º O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo [...]”. (CARVALHO NETO, 2007. p. 38).
7. CAHALI, 2000. p. 41.
8. CAHALI, 2000 p. 41-42.
9. Constituição de 1934. Art 144 — A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único — A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 fev. 2010.
10. Constituição de 1937. Art 124 — A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 fev. 2010.
11. Constituição de 1946. Art 163 — A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 fev 2010.
12. Constituição de 1967. Art 167 — A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º — O casamento é indissolúvel. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 fev 2010.
13. CAHALI, 2000, p. 42.
14. CAHALI, 2000, p. 43.
15. Por curiosidade, é oportuna a passagem de Roberto Ruggiero acerca da separação no Código Civil italiano, quando ainda não era permitido o divórcio naquele ordenamento: “O nosso código regula o estado de separação, baseando-se em dois conceitos fundamentais. Um é que por ela não há suspensão de todos os deveres conjugais, mas apenas daqueles que são mais irreconciliáveis com a inimizade criada entre os cônjuges, isto é, o dever da coabitação, da recíproca dedicação sexual, da assistência mútua”. (RUGGIERO, 1999. p. 249)
16. A palavra desquite, no entanto, estava bastante enraizada, afinal, de criação brasileira, e, por isso, a mudança foi bastante criticada por parcela autorizada da doutrina (Cf. MONTEIRO, 1989; RODRIGUES, 1978). Contudo, conforme aduz Inácio de Carvalho Neto, o abandono do termo desquite teve um objetivo maior, retirar a carga pejorativa da separação judicial, a fim de que informasse nada mais que um estado civil. (CARVALHO NETO, 2007. p. 93)
17. PEREIRA, 1989. p.13.
18. “A conversão da separação judicial em divórcio está sujeita a duas condições: sentença de separação judicial e decisão definitiva sobre a partilha de bens. Não tendo sido feito o inventário e existindo, ainda, bens não partilhados no esboço de partilha homologado, carece o autor de ação. Interpretação do art. 31 da Lei 6.515/1977. Provimento da Apelação” (AC. un. 1ª C. Cível, de 12-11-81. Apel. Cível 18.362, Capital. Reg. em 4-1-82. Rel. Des. Pedro Américo. Ementário do TJRJ Ano 4, n. 5.106, PP. 129/130). (PEREIRA, 1989. p. 119).
19. Esse divórcio direto estava previsto na segunda parte do art. 226 da CF/1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º — O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.” Não obstante, o divórcio verdadeiramente direto foi inaugurado com a Emenda Constitucional n. 66/2010, nas linhas seguintes.

20. O artigo 40 da Lei 6.515 (“no caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa”) gerou fortes controvérsias frente ao artigo 2º da Emenda Constitucional n. 9/77 (“a separação, de que trata o §1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda”). Uma corrente defendia os cinco anos de separação de fato de que tratou a EC 9/77 deveriam estar completos antes do dia 28 de junho de 1977, mas prevaleceu a segunda corrente, segundo a qual apenas se exigia que os cinco anos de separação de fato tivessem tido início antes daquela data. (Cf. PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial: comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 143-149).
21. Neste sentido, cita-se obra “O novo divórcio”, de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que foi a primeira publicação em livro sobre o novo divórcio no Brasil: “desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto o por mútuo consentimento quanto o litigioso. [...] É o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito potestativo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010. p. 43).
22. Não há espaço neste artigo para maiores divagações acerca do regime jurídico do novo divórcio, uma vez que seu objeto de estudo se restringe à análise histórica do divórcio no Brasil, mas não se poderia deixar de consignar alguns dispositivos do Código Civil que tiveram sua eficácia imediatamente prejudicada com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66: art. 1.571, III; art. 1.572; art. 1.573; art. 1.574; art. 1.575; art. 1.576; art. 1.577; art. 1.578; art. 1.580; art. 1.702; e art. 1.704.
23. CC. Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I — pela morte de um dos cônjuges; II — pela nulidade ou anulação do casamento; III — pela separação judicial; IV — pelo divórcio.
24. Fala-se em Código Civil em sentido geral, abrangendo o Código Civil napoleônico e todas as codificações oitocentistas. Acerca da influência do Código Civil francês na confecção do Código Civil brasileiro de 1916, Gustavo Tepedino contextualiza: “O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo”. TEPEDINO, 1999. p. 2.
25. Orlando Gomes retrata muito bem essa cultura conservadora presente no legislado de 1916, pois, conforme lembra, restou conservado o marido como chefe de família, competindo-lhe, inclusive, autorizar profissão da mulher; manteve-se a propriedade como valor absoluto e foi reconhecida força de lei à vontade das partes nas relações contratuais. GOMES, 2006. p. 8 e 15.

26. Com o fim da primeira guerra mundial, a situação econômica da Europa foi abalada, e os impactos na economia brasileira foram inevitáveis. O Brasil era agrário e dependia da exportação dos produtos agrícolas para os países europeus; em contrapartida, o Brasil importava produtos industrializados da Europa. Esse fluxo, se não cessou, diminuiu drasticamente e abalou os pilares sociais e econômicos brasileiros, forçando o país a iniciar sua industrialização tardia, além de abrir caminho para o Estado Social brasileiro.
27. LÔBO, 1999. p. 101.
28. TEPEDINO, 1999, p. 5-8.
29. TEPEDINO, 1999, p. 13.
30. LÔBO, 1999, p. 100.
31. Vem a calhar o duplo sentido de constitucionalização do Código Civil relatado por Eugênio Facchini Neto: “No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas [...]. Na segunda acepção [...] o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como força normativa dos princípios, [...] à interpretação conforme a Constituição etc.”. FACCHINI NETO In SARLET, 2006. p. 37-40.
32. Acerca da força normativa da Constituição, deve-se recordar a seguinte passagem de Konrad Hesse: “A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. [...] A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição.” HESSE, 1991. p. 24.
33. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 8 dez. 2010.
34. Registre-se a existência de uma corrente minoritária que insiste na persistência da separação judicial, mesmo após sua supressão da Constituição Federal de 1988. Em geral, essa posição ignora a força normativa da Constituição e seu *status* de fundamento de validade e eficácia das normas infraconstitucionais, afastando-se completamente do processo histórico de constitucionalização do direito. Assim, Romualdo Baptista dos Santos defende que casamento e divórcio são institutos

de direito civil, que devem ser tratados no ambiente legislativo próprio, qual seja, no Código Civil e na legislação correlata. SANTOS, Romualdo Baptista. A Emenda Constitucional n. 66/2010: necessidade de reforma da legislação infraconstitucional. Disponível em: <<http://direitoemperspectiva.blogspot.com/>>. Acesso em: 8 dez 2010. Luiz Felipe Brasil Santos também discorda da posição defendida neste artigo, asseverando que “a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) [...], está agora aberta a porta para que esta seja modificada”. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do divórcio: cedo para comemorar. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 8 dez. 2010.

35. Os autores que subscrevem este artigo também já tiveram a oportunidade de se pronunciar pelo fim da separação judicial: GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010; ASSIS JÚNIOR., 2009/2010, p. 16-31.
36. DIAS, Maria Berenice. Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: RT, 2010. p. 36. Antes da EC n. 66, a autora já havia manifestado sua opinião acerca separação judicial, oportunidade em que afirmou ser “imperioso que se reconheça ser de todo inútil, desgastante e oneroso, não só para o casal mas também para o Poder Judiciário”. DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 66.
37. PEREIRA, 2010. p. 28.
38. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=773>. Acesso em: 8 dez. 2010.
39. VILLEY, 2005.
40. VILLEY, p. 143.
41. VILLEY, p. 144 e ss.
42. Ainda hoje, o Código de Direito Canônico prescreve, em seu artigo 1141 (Can. 1141 A marriage that is ratum et consummatum can be dissolved by no human power and by no cause, except death), que um casamento consumado não pode ser dissolvido, a não ser pela morte, enquanto o artigo 1151 (Can. 1151 Spouses have the duty and right to preserve conjugal living unless a legitimate cause excuses them) prevê que a preservação da vida conjugal é, além de um dever, um direito dos cônjuges. Em seu artigo 1152, § 1, dispõe que o cônjuge não culpado apenas terá o direito de suspender a vida conjugal se, expressa ou tacitamente, não perdoar o cônjuge adúltero (Can. 1152 § 1. Although it is earnestly recommended that a spouse, moved by Christian charity and concerned for the good of the family, not refuse forgiveness to an adulter-

rous partner and not disrupt conjugal life, nevertheless, if the spouse did not condone the fault of the other expressly or tacitly, the spouse has the right to sever conjugal living unless the spouse consented to the adultery, gave cause for it, or also committed adultery) Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/ENG1104/_INDEX.HTM>. Acesso em: 16 dez. 2010.

43. Salvo na hipótese de desquite consensual, ele só poderia ser requerido com base numa das hipóteses elencadas pelo artigo 317 do Código Civil de 1916: “Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério; II. Tentativa de morte; III. Sevícia, ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos”.
44. O art. 320 do Código Civil de 1916 prescrevia que apenas a mulher inocente teria direito aos alimentos, in verbis: “no desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia que o juiz fixar”. Neste sentido, Orlando Gomes esclarecia que não teria “direito a alimentos a mulher separada que levou vida desonesta e na velhice se tornou necessitada, miserável” (GOMES, 2000. p. 439). Corroborando a afirmação, o Supremo Tribunal Federal, no RE n. 26956, decidiu que o cônjuge julgado culpado não tem direito a pensão alimentícia: “Pensão alimentar; não tem direito a ela o cônjuge que, no desquite litigioso, é julgado culpado”. STF — 1ª T. — RE 26956 — Rel. Min. Nelson Hungria — j. 20.1.1959.
45. Lei n. 6.515/1977. Art 5º — A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.
46. Lei n. 6.515/1977. Art 19 — O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.
47. CC/2002. Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I — adultério; II — tentativa de morte; III — sevícia ou injúria grave; IV — abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V — condenação por crime infamante; VI — conduta desonrosa.
48. A doutrina é unânime no sentido de que o rol das causas de separação judicial previsto no art. 1.573 é meramente exemplificativo. Cf. FARIAS; ROSENVALD, 2010. p. 369. GONÇALVES, 2010. p. 229.
49. Mesmo se fosse reconhecida culpa recíproca, a sanção incidiria, mas desta vez para obstar o direito de qualquer dos cônjuges aos alimentos, conforme se denota do seguinte julgado do STJ: “Se reconhecida, na instância ordinária, culpa recíproca dos cônjuges, o marido não está obrigado a prestar alimentos”. (STJ — T3 - REsp 306060 — Rel. Ministro ARI PARGENDLER - DJ 29.10.2001 p. 204). A doutrina ratifica essa conclusão ao afirmar que, nas separações judiciais, “se ambos [os cônjuges] forem culpados, nenhum deles fará jus à

verba alimentícia”, ressalvado o necessário à subsistência após o CC/2002. GONÇALVES, 2010. p. 227.

50. Carlos Roberto Gonçalves (2010) explica que a separação-sanção é aquela em que “um dos cônjuges atribui culpa ao outro (na modalidade de grave infração dos deveres conjugais), aplicando-se sanções ao culpado”.

51. Por todos, confira-se: “I — Na linha de entendimento da jurisprudência e da doutrina (cf. por todos, Teresa Celina Arruda Alvim Wambier), se não demonstrada a prova da culpa do cônjuge, e for esse o fundamento do pedido de separação, improcede a pretensão. II — Consoante a melhor doutrina, na qual se encontra o magistério de Yussef Said Cahali, ‘é vedada a transmutação do pedido de separação judicial por culpa em separação judicial sem culpa, e vice-versa, uma vez que são diversos os fundamentos de fato e de direito (causas jurídicas e causas legais) dos dois institutos; o procedimento judicial que se disponha a tais conversões recíprocas, para além de violentar a vontade do demandante consubstanciada no pedido inicial, afronta o princípio da imutabilidade do libelo; a diversidade de natureza jurídica da separação-remédio e da separação-sanção afasta qualquer argumento que se pretenda deduzir no sentido de que as causas de um poderiam estar implícitas nas causas do outro”’. (STJ — T4 — REsp 62322 — Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ10.11.1997 p. 57768).

Esse entendimento perdurou por bastante tempo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que ainda no ano de 2002 era vedada a conversão do pedido de separação-sanção em separação-remédio: Inadmissível a conversão do pedido de separação judicial por culpa para separação sem culpa, tendo em vista a diversidade da causa de pedir. Precedente. (STJ — T4 - AgRg no REsp 222830 — Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior — DJ 26.8.2002 p. 224)

52. STJ — T3 - REsp 466329 — Re. Ministra Nancy Andrigh — DJ 11.10.2004 p. 314.

53. A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. (STJ — 2ª Seção - EREsp 466329 — Rel. Ministro Barros Monteiro - DJ 1º 2. 2006, p. 427)

54. A redação originária do art. 40 da Lei n. 6.515/1977 era a seguintes: “Art 40 — No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.” Em 1989, foi alterada pela Lei 7.841/89 e passou a ser a seguinte: “Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”.

55. STJ — T4 - REsp 40020 — Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira — DJ 2.10.1995 p. 32366.

56. A ementa do acórdão prolatado no Recurso Especial 467184 é bastante elucidativa: “Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes” (STJ — T4 — REsp 467184 — Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar — DJ 17.2.2003 p. 302).

57. MIRANDA, 2000. p. 253.

58. NEVES, 2002. p. 591-592. Pontes de Miranda também define os alimentos naturais e os alimentos civis: “a) alimentos naturais são os estritamente exigidos para a manutenção da vida; b) civis, os que se taxam segundo os haveres do alimentante e a qualidade e situações do alimentado”. MIRANDA, 2000. p. 253.

59. MIRANDA, 2000. p. 253. O artigo 1.687 do Código Civil de 1916 tinha a seguinte redação: “Art. 1.687. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”

60. Márcia Cristina Neves (2002, p. 589) traz a seguinte nota acerca da origem da obrigação alimentar decorrente do parentesco: “A obrigação alimentar devida por parentesco não existia no período arcaico e no republicano, pois o pater familias comandava todos os direitos dos membros da família, até mesmo os de vida e de morte. Foi com o surgimento do Império que ocorreu o desenvolvimento da obrigação alimentar entre parentes. O direito a alimentos passou a ser recíproco entre os ascendentes e descendentes na família legítima e entre pai e descendentes na família ilegítima, além da obrigação que os irmãos e cônjuges possuíam em prestar alimentos. Para que fosse possível o pagamento desses alimentos era necessário estarem presentes os seguintes pressupostos: o estado de miserabilidade de quem necessitava da pensão; a falta de capacidade deste em se sustentar sozinho; e a existência de um parente rico”.

61. CC/2002. “Art. 803. Pode uma pessoa, pelo contrato de constituição de renda, obrigar-se para com outra a uma prestação periódica, a título gratuito”.

62. STJ — T4 — RMS 28336 — Rel. Ministro João Otávio de Noronha - DJe 6.4.2009.

63. FARIAS; ROSENVALD, 2010. p. 376.

64. O Código Civil Argentino, em seu art. 209, dispõe que, independentemente da declaração da culpa na sentença de separação, o cônjuge que não gozar de recursos próprios e nem de condições para buscá-los, tem o direito de requerer ao outro que lhe preste o necessário para sua subsistência. A necessidade e o montante são aferidos levando-se em conta três critérios, a idade e estado de saúde dos cônjuges, a dedicação e cuidado aos filhos por quem detém sua guarda e a qualificação para o mercado de trabalho.

65. MIRANDA, 2000 p. 258.
66. Idem. Ibidem.
67. CC/1916. “Art. 404. Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos”.
68. Neste sentido, Pontes de Miranda: “Em verdade, só os parentes é que não podem renunciar ao direito a alimentos. Outra não pode ser a exegese do art. 404 do Código Civil brasileiro. Não se pode dar a esse artigo interpretação literal. Com efeito, trata o art. 404 do Código Civil de dívida alimentar iure sanguinis, e não de alimentos entre cônjuges, tanto assim que está colocado no capítulo VII do título V, inscrito sob a rubrica — Das relações de parentesco — ao passo que o art. 318, que se ocupa do desquite, por mútuo consentimento, dos cônjuges que forem casados por mais de dois anos, está colocado no capítulo I do título IV, inscrito sob a rubrica — Da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos”. MIRANDA, 2000, p. 258-259. Concordeando, Washington de Barros Monteiro (1989, p. 291) dizia ser “verdade que a mulher casada tem direito a alimentos do outro cônjuge, não sendo ela, entretanto, parente, ou afim, do marido. Mas essa obrigação alimentar repousa em outro fundamento legal, pois, citado Capítulo VII diz respeito aos parentes apenas; trata-se do disposto no art. 233 do Código Civil [de 1916]”.
69. Ainda assim, Washington de Barros Monteiro (1989, p. 296) insistia na possibilidade da renúncia: “Nos processos de separação consensual [...] torna-se comum a inserção de cláusula pela qual fica o marido dispensado de pensionar a mulher. Essa estipulação é perfeitamente válida, pois a mulher não é parente do marido e a ela não se aplica, por conseguinte, citado art. 404, que regula, tão somente os alimentos devidos em razão do parentesco. [...] Pactuada, porém, a desistência, não pode reclamá-los posteriormente”.
70. O próprio Supremo Tribunal Federal afastou a incidência da súmula 379, decidindo pela renunciabilidade do direito a alimentos derivado do casamento: “Alimentos. Conversão de desquite em divórcio, sem ressalva de obrigação do ex-marido a prestar alimentos à ex-mulher. Nessa situação, vigente o estado de divorciados, não cabe invocar o art. 404, do CCB [1916], se pretender a ex-mulher obter alimentos de seu ex-marido. No caso, à época do divórcio, o marido estava dispensado de prestar alimentos, diante de modificação de cláusula do desquite, ocorrida havia alguns anos. Improcedência das alegações de negativa de vigência do art. 404, do CCB, e de contrariedade à súmula 379. Recurso extraordinário não provido” (STF — 1ª Turma — RE 104620 — Rel. Min. Néri da Silveira - DJ 29-08-1986).
71. CC/2002. Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
72. CC/2002. Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.
73. STF — 1ª Turma — RE 104620 — Rel. Min. Néri da Silveira - DJ 29-08-1986
74. “Renunciado o cônjuge a alimentos, em acordo de separação, por dispor de meio para manter-se, a cláusula é válida e eficaz, não podendo mais pretender seja pensionado” (STJ — T3 - REsp. 9286 — Rel. Min. Eduardo Ribeiro — j. 28.10.1991); “A jurisprudência, inclusive a do Pretório Excelso, assentou ser admissível a renúncia ou dispensa a alimentos por parte da mulher se esta possuir bens ou rendas que lhe garantam a subsistência, até porque, alimentos irrenunciáveis, assim os são em razão do parentesco (iure sanguinis) que é qualificação permanente e os direitos que deles resultam nem sempre podem ser afastados por convenção ou acordo. No casamento, ao contrário, o dever de alimentos cessa, cessada a convivência dos cônjuges” (STJ — T3 — REsp. 95267 — Rel. Min. Waldemar Zveiter — j. 27.10.1997); “Os alimentos devidos ao ex-cônjuge, uma vez dissolvida a convivência matrimonial e renunciados aqueles em processo de separação consensual, não mais poderão ser revitalizados” (STJ — T4 — REsp. 70630 — Rel. Min. Aldir Passarinho Junior — j. 21.9.2000); “Se há dispensa mútua entre os cônjuges quanto à prestação alimentícia e na conversão da separação consensual em divórcio não se faz nenhuma ressalva quanto a essa parcela, não pode um dos ex-cônjuges, posteriormente, postular alimentos, dado que já definitivamente dissolvido qualquer vínculo existente entre eles. Precedentes iterativos desta Corte. (STJ — T4 — REsp. 199427 — Rel. Min. Fernando Gonçalves — j. 9.3.2004).
75. CC/2002. “Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694”.
76. CC/2002. “Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.
77. PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. [...] 2. A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. 3. De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/2002, a obrigação de prestar alimentos está condi-

cionada à permanência dos seguintes pressupostos: (I) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (II) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (III) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos. 4. O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de inteligência no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. 5. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/2002, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o status usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. 6. A obrigação de prestar alimentos transitórios — a tempo certo — é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante — outrora provedor do lar —, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. [...] 8. Recurso especial parcialmente provido. (STJ — T3 — REsp. 1025769 — Rel. Min. Nancy Andrighi — DJe. 1º. 9.2010)

REFERÊNCIAS

ASSIS JÚNIOR., Luiz Carlos de. A Inviabilidade da Manutenção da Separação Como Requisito para o Divórcio Frente à Autonomia Privada. *Revista IOB de Direito da Família*, n. 57, v. 12, dez./jan. 2009/2010, p. 16-31.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: RT, 2010.

———. Da separação e do divórcio. In *Direito de família e o novo Código Civil*. Coord. Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo divórcio no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

———. *Direito de família*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n.141, jan./mar. 1999.

———. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=773>. Acesso em 8 dez. 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito de família*. Atual.: Vilson Rodrigues Alves. Tomo 9. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito de família*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vademecum do direito de família à luz do novo Código Civil*. São Paulo: 2002.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial: comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. v.2. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 8 dez. 2010.

SANTOS, Romualdo Baptista. *A Emenda Constitucional n. 66/2010: necessidade de reforma da legislação infraconstitucional*. Disponível em <<http://direitoemperspectiva.blogspot.com/2010/07/emenda-constitucional-n-662010.html>>. Acesso em: 8 dez. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo “responsável” (1977). Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista DireitoGV*, v.1, n.1, maio 2005.

OS ILÍCITOS CIVIS NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA



Felipe Peixoto Braga Netto

Procurador da República em Minas Gerais.

SUMÁRIO

- 1 O ambiente metodológico das codificações e a ilicitude civil
- 2 Heterogeneidade valorativa e complexidade social
- 3 A unidade lógica dos ilícitos civis
- 4 Construindo paradigmas diferenciados de proteção

1 O AMBIENTE METODOLÓGICO DAS CODIFICAÇÕES E A ILICITUDE CIVIL

É comum o exagero ao se comentar as novas legislações. Isso, de algum modo, aconteceu cerca de dez anos atrás, quando surgiu o Código Civil de 2002. Esse exagero pode se apresentar de várias formas: apego demasiado à letra da nova lei, numa reverência religiosa às suas disposições; niilismo, que nada vê de aproveitável e tudo quer destruir; e superdimensionamento das mudanças, potencializando, cegamente, certas alterações, como se fossem a reinvenção da roda.

É prudente, portanto, evitar excessos. Até porque, como afirmou certa vez um escritor, o novo não é sinônimo de qualidade teórica. O autenticamente novo é um fiel depositário da tradição.

Ninguém desconhece que os juristas, com o seu conservadorismo inteligente, não se sentem confortáveis com o novo. Há, muitas vezes, um remodelamento cosmético dos sistemas teóricos conhecidos, mantendo-se, no essencial, as mesmas convicções formadas em outros contextos sociais. Tal estado de coisas é particularmente visível nos ilícitos civis. Há, de fato, uma tendência em rearrumar velhas e gastas categorias, ofuscando a real renovação, que está em curso no direito civil contemporâneo.

Não havendo possibilidade de desenvolver, neste artigo, as múltiplas conexões de sentido que os ilícitos ensejam, se pers-

pectivados à luz de valores constitucionais, limitaremos nossas ponderações a dois pontos básicos: a) a crítica ao paradigma clássico, que insiste em identificar a ilicitude civil à responsabilidade civil; b) a substituição, na análise dos casos, da função repressiva à função preventiva, em tema de ilícitos civis.

No que tange ao item a, cabe referir que um dos mais notórios mal-entendidos, em matéria de ilicitude civil, é a exaltação desproporcionada da indenização ou reparação, como se apenas elas figurassem no palco dos efeitos por eles — ilícitos — produzidos.

Tal identificação — ilicitude civil e responsabilidade civil — não é verdadeira. A responsabilidade civil — cabe sempre repetir — é efeito de certos ilícitos civis, não de todos. Existem, portanto, ilícitos civis que não produzem, como eficácia, o dever de indenizar. Nada, nesses termos, autoriza uma abordagem conjunta e monolítica, que obscureça as diferenças significativas existentes.

Não há, nessa perspectiva, fundamento teórico para tratar, de forma indistinta, ilícitos e responsabilidade civil. Seria o mesmo, mal comparando, que confundir uma fábrica produtora de um largo espectro de produtos com apenas uma de suas produções. A nosso sentir, tal postura empobrece, inexplicavelmente, o contexto dos ilícitos, *reduzindo o gênero ao estudo dos efeitos de uma de suas espécies*.

Em Direito Civil, os ilícitos, em geral, são os fatos jurídicos dos quais decorre o dever de indenizar. Quem, culposamente, causa dano a outrem, comete ato ilícito e deverá repará-los (Código Civil, art. 186). Quem excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes (Código Civil, art. 187) também pratica ato ilícito, e a consequência, em ambos os casos, é a obrigação de repará-los.

Os ilícitos apresentam, como eficácia preponderante no direito civil, o dever de reparar os danos causados. O Código Civil vigente reconheceu essa realidade e definiu no art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a

repará-lo”. Portanto, os ilícitos civis, causando danos, obrigam quem os provocou a repará-los.

Como já tivemos oportunidade de explicar em outra ocasião, existem outros efeitos, além do dever de indenizar, que podem resultar dos ilícitos civis¹. Aliás, essas outras espécies — para além do ilícito clássico, produtor do dever de indenizar — não são propriamente novidades em nosso direito positivo. No nosso Código de 1916, os ilícitos já não ostentavam apenas a eficácia indenizante. Essa foi uma falha de perspectiva advinda do apego ao literalismo do Código. Existiam então — como ainda hoje existem — ilícitos cujos efeitos consistem em autorizações ou que implicam a perda de direitos em relação a quem os praticou.

Não se pode cair na tentação fácil de classificar, como espécie única, a espécie mais visível, ou a mais frequente. Ainda que a maioria dos ilícitos civis importe em dever de indenizar, isso, por certo, não pode servir de escusa para lançar as demais espécies para debaixo do tapete. Se a eficácia indenizante não exaure o espectro das eficácias possíveis, está evidenciada a inconveniência do critério clássico.

É interessante, portanto, sob o prisma teórico, mostrar que não existe uma relação necessária entre os ilícitos civis e o dever de indenizar. Apenas para exemplificar, a ingratidão do donatário é um ilícito civil cujo efeito consiste, exatamente, na possibilidade, que o ordenamento faculta ao doador, de revogar a doação, se assim lhe aprouver (art. 557, CC/2002; art. 1.183, CC/1916). Trata-se, portanto, da uma autorização como efeito de um ilícito.

Os ilícitos civis também podem dar ensejo à perda de direitos e demais categorias de eficácia. Por exemplo, o herdeiro que sonegar bens, não os levando à colação, perde o direito que sobre eles pudesse ter (art. 1.992, CC/2002; art. 1.780, CC/1916). Quer dizer: perde-se um direito como efeito de um ato ilícito.

Enfim, é apenas uma demonstração, sumária e singela, de que os efeitos possíveis são múltiplos, não se resumem a uma eficácia única. É equivocada a leitura tradicional, que vincula, de modo absoluto,

os ilícitos civis a uma eficácia monolítica, ofuscando as ricas possibilidades que o sistema jurídico, adequadamente compreendido, oferece. A doutrina ainda hesita em admiti-los, negando a realidade que emerge do próprio direito legislado. Contudo, entre a negação de um fenômeno e a sua inexistência, há uma distância considerável.

Além do mais, e ingressando no item *b*, o senso comum teórico confere aos ilícitos uma eficácia puramente repressiva, posterior ao dano, que não é adequada à proteção dos chamados novos direitos, os direitos extrapatrimoniais. Tal visão, tradutora de uma concepção monetarista dos direitos, não há de ter uma acolhida confortável entre nós. Não podemos nos dar por felizes, atualmente, em conceber, para os direitos da personalidade, uma tutela repressiva, cuja sanção só se faça sentir depois das violações ocorridas.

O direito não pode, no século XXI, sob nossa complacência, igualar, em termos de proteção jurídica, a pessoa humana e a propriedade. Por incrível que pareça, a tradição do nosso direito é diferenciar esses bens — a pessoa humana e a propriedade —, mas diferenciar — pasmem — para assegurar uma proteção distinta para a propriedade. No Direito Civil, só tínhamos tutela preventiva para o patrimônio, com o interdito proibitório e a nunciação de obra nova, remédios que protegem a posse e a propriedade.

E a pessoa humana? Não tínhamos, no Direito Civil, uma figura semelhante ao mandado de segurança, que pudesse ser manejado de forma preventiva. Quer dizer, tínhamos no Projeto do Código do Consumidor, mas foi objeto de veto presidencial. O Código Civil prevê, no art. 12, a chamada tutela inibitória, oportunizando a concessão de uma tutela preventiva quando agredido o direito da personalidade.

No entanto, mais à frente, o Código insiste na vinculação, equivocada, da ilicitude à reparação. O art. 927 traz a seguinte redação: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”. O artigo tem dois inconvenientes. O primeiro é fazer supor que apenas o ilícito dá ensejo à reparação, o que não é verdadeiro. Os atos praticados em legítima defesa e em estado de necessidade

também podem obrigar a reparar, e não são ilícitos. O outro inconveniente — esse mais grave — é a insistência na reparação como o único efeito possível que pode resultar de um ilícito civil.

Essa vinculação — da ilicitude à reparação — não é correta. E não é correta por várias razões, algumas das quais já foram mencionadas. Mas há outra. É que a reparação, por sua própria definição, é posterior ao ilícito, vem depois de já ocorrido o dano. E para os novos direitos, os chamados direitos extrapatrimoniais, essa forma de tutela não é a mais adequada.

E por que não é a mais adequada? Porque ela não impede a agressão, a violação ao bem jurídico. Ela apenas procura, depois que a agressão aconteceu, recompor, com dinheiro ou com bens, aquela esfera jurídica atingida. O ilícito civil, hoje, deve ser perspectivado não só como representante do dever de indenizar mas também, fundamentalmente, como a categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema para evitar a agressão aos valores, aos princípios e às normas protegidos pelo direito. Por razões metodológicas, analisaremos, inicialmente, a dimensão interpretativa do Direito Civil e seus reflexos na codificação do Direito. Voltaremos, depois, ao tema esboçado nesta introdução, concluindo o argumento inicial.

2 HETEROGENEIDADE VALORATIVA E COMPLEXIDADE SOCIAL

Cabe frisar que os códigos, grosso modo, perfazem o marco da estabilidade e permanência na experiência jurídica. Firmaram-se como modo de legislar numa época em que a segurança era o valor-fim do ordenamento. Talvez por isso, a metodologia a eles associada seja hermenêuticamente pobre². As codificações, pelas conexões lógicas que propiciam, oportunizam surgir um tipo de pensamento marcado por nexos formais e conceituais, que afastam, como promiscuidade teórica, as concepções mais arejadas, mais sensíveis às sugestões sociais³.

A questão, que deve prefaciara as discussões relativas ao Código Civil brasileiro, é fundamentalmente metodológica: como ocorre sua inserção no Direito Civil nacional? O Código é um instrumento prestante para veicular os valores e princípios constitucionais? Em que medida o Direito Civil é atingido, em sua essência, pelo advento de um Código?

O ambiente contemporâneo mal disfarça uma certa desconfiança, um certo estranhamento com a figura dos códigos⁴. Seria pertinente regular, mediante grandes leis, relações sociais tão caracteristicamente instáveis? Ou, por outro lado, a codificação seria um instrumento próprio dos séculos passados, anacrônico no século vinte e um, e antitético à chamada pós-modernidade?

Atualmente, mercê das opções valorativas básicas delineadas pela Constituição, nenhuma lei pode estabelecer uma nova ordem de valores significativamente distinta da já existente até seu advento. Em relação aos códigos civis, é bem modesto o seu papel, se comparado com a função de centralidade que puderam ostentar durante séculos. Seus conteúdos normativos não podem, portanto, senão densificar, em regras, as normas que já estão potencialmente dispostas em forma de princípios, na Constituição.

Questão interessante, e correlata à referida, é a inserção do novo Código num sistema jurídico avesso a centralismos, refratário à disciplina das relações privadas num único instrumento normativo. O Código resgataria, em certo sentido, a centralidade perdida? Seria essa, em alguma dimensão, a sua proposta?

Parece incorporada ao aparato conceitual dos civilistas a crença de que tanto mais avançada será uma lei quanto maior for sua potencialidade em exprimir a normativa constitucional⁵. O Código do Consumidor, nesse sentido, foi louvado não apenas por seus valores intrínsecos mas também pela forma com que traduziu, em sede legislativa, valores consignados na Constituição.

As posições jurídicas — antes absolutas no auge do individualismo — são crescentemente moduladas. O proprietário, para o ser legitimamente, deve considerar os interesses do não proprietário; o credor,

os do devedor; o fornecedor, os do consumidor; e assim sucessiva e reciprocamente. Lorenzetti (1998, p. 83) menciona a passagem do “sujeito isolado” para o “sujeito situado”.

O paroxismo voluntarista conduziu a desvios e a injustiças intoléráveis para a mentalidade contemporânea. O pensamento clássico olvidou, conscientemente ou não, que a liberdade jurídica, sem a correspondente liberdade econômica, não passa de pura quimera⁶. Os juristas tardaram a perceber que a autonomia da vontade é um valor político, antes de ser um valor jurídico⁷.

Os valores éticos penetram nas brechas dos seculares institutos civis, dissolvendo-lhes, pouco a pouco, o excessivo teor patrimonialista e relativizando-lhes, progressivamente, o destacado acento formal. Há uma clara passagem, nos dias que correm, do técnico ao ético. A beleza formal das construções conceituais, patrimônio indiscutível da pandectística, teve seu espaço e importância, mas seria francamente despropositado que nós, ainda hoje, nos detivéssemos a discutir filigranas formais e não conteúdos materiais. O direito não perdeu sua dimensão técnica, apenas acrescentou a ela outras dimensões, de maior importância.

3 A UNIDADE LÓGICA DOS ILÍCITOS CIVIS

Cabe, neste tópico, contextualizar os ilícitos civis na experiência jurídica brasileira. É forçoso constatar, inicialmente, que o ilícito não se desenvolveu, gerando monografias e discussões, como os atos lícitos de ordem civil. Estes atingiram notável grau de refinamento teórico, suscitando e resolvendo questões que surgiam do aprofundamento dos debates. Tamanha foi a dimensão do fenômeno, que o nosso Código Civil revogado definiu ato jurídico como ato lícito, eclipsando, totalmente, a categoria dos ilícitos, como ato jurídico gerador de efeitos civis.

Construiu-se, destarte, em relação aos lícitos, vigorosa doutrina, que perpassou, durante décadas, a história do direito civil. Baseada,

fundamentalmente, na autonomia privada, estabeleceu terem as pessoas uma esfera de condução dos próprios interesses ao abrigo de ingerências estranhas e que poderiam, contratando, preencher esse branco deixado pelas normas.

Trata-se, obviamente, de concepção de forte inspiração liberal, sem falar que a noção de autonomia privada sofre sérios ataques, com o surgimento de estudos demonstrando sua inadequação com as relações contratuais contemporâneas, massificadas e impessoais, que distam, progressivamente, do esquema clássico⁸.

Mas é significativo sublinhar o exaustivo trabalho havido, por um lado, de construção de conceitos e categorias tendentes a explicar a realidade dos atos lícitos, e, por outro, a preocupação quase inexistente com os atos ilícitos, que, paralelamente aos lícitos, povoam o mundo civil.

Os ilícitos sempre se mantiveram à margem, como questão menor, relegados a um plano secundário, quando muito. Não houve, absolutamente, a construção de um estatuto teórico, tal como existe com os lícitos, nem uma unidade lógica de pensamento. As referências, sempre genéricas, em livros também genéricos, limitavam-se, na maioria dos casos, a repetir os pressupostos do ilícito indenizante, reforçando falsos conceitos, como culpa e dano, que sempre foram erigidos à condição de pressupostos necessários à definição da ilicitude civil.

A análise da jurisprudência não conduziu a doutrina brasileira a uma teorização acerca dos ilícitos. Sem embargo de quase um século de vigência do nosso Código Civil de 1916, as análises mantiveram-se basicamente as mesmas, desde o início do século passado até o início do atual. O panorama teórico dos ilícitos, grosso modo, apresenta-se como uma vasta coleção de fatos empíricos apenas frouxamente ligados pela teoria.

Sociologicamente, é possível relacionar, não sem apontar o caráter precário e aproximativo dessas ponderações, a ausência de aprofundamento teórico na matéria com a definição de ato ilícito, peremptória e supostamente definitiva, do Código Civil de 1916, ou

seja, a doutrina, em conformidade com os padrões metodológicos então reinantes, não avançou na análise, guardando, ao revés, uma atitude de profunda reverência com o conceito legal, como se ele realmente esgotasse a sistemática jurídica pertinente à espécie.

Houve, portanto, uma paralisação teórica, um ambiente teoricamente morno, sem discussões significativas. Aliás, a matéria sempre se ressentiu de grave desvio de perspectiva, consistente em tratar dos ilícitos em conjunto com a responsabilidade civil. É preciso frisar que os temas pertinentes à responsabilidade não guardam necessária relação com os temas relativos aos ilícitos civis⁹.

Algo semelhante, *mutatis mutandis*, ocorre no direito inglês, em que a constatação do *tort* dá ensejo à ação de indenização. Se a ação ou omissão é reputada ilícita, é pertinente a reparação. Não existe, no entanto, uma doutrina sistemática; os casos formam a teoria. Aliás, o sistema jurídico inglês é conhecido por não dar muita importância à teorização, sendo infenso a construções meramente abstratas, sem relações com os casos reais levados a juízo.

É preciso, entretanto, ressaltar que nem todos os casos de indenização decorrem de ilícitos. Tal ponderação é ponto pacífico em doutrina¹⁰. Desde os casos clássicos de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito, passando por outras hipóteses, em que a contrariedade ao direito é pré-excluída¹¹, o ilícito não se forma, por ausência do sinete da contrariedade ao direito, ainda que persista o dever de indenizar.

Uma das mais conhecidas associações que se faz a respeito dos ilícitos refere-se aos efeitos por eles produzidos. De fato, sempre que se pensa em ilícito civil, relaciona-se, quase que intuitivamente, o dever de indenizar como eficácia naturalmente produzida. Essa é uma ideia que nasceu, muito provavelmente, conforme observamos há pouco, da definição de ilícito do Código Civil de 1916, que relacionou, de forma peremptória, ilícito ao dever de indenizar como eficácia supostamente única: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Tal disposição, que praticamente exaure o Título “Dos Atos Ilícitos” do Código Civil de 1916, sempre foi lida como se esgotasse as possibilidades de ilícitos no campo do Direito Civil. No entanto, investigando o ordenamento, a doutrina poderia concluir que, não obstante a letra do Código, ilícitos existiam que não participavam daquela definição legal. Não foi esse, contudo, o procedimento adotado. Houve certa mudez doutrinária, possivelmente nascida da convicção de que a opção do legislador estaria acertada. Aliás, a posição doutrinária quanto aos ilícitos civis foi, desde o advento do Código Civil, extremamente restritiva, sempre se entendendo que a matéria iniciava-se e findava-se com a análise do ilícito cujo efeito é a responsabilidade civil (Código Civil de 1916, art. 159).

Bem sintomática dessa crença foi a postura de Clóvis Beviláqua. O ilustre jurista, quando das discussões para a feitura do nosso Código Civil de 1916, pugnava contra a inclusão legislativa dos ilícitos num título único, ao argumento que lhes faltava “a necessária amplitude conceitual” (BEVILÁQUA, 1976). Tal posição — que restou vencida quando da redação do Código — reflete bem a mentalidade dos juristas a respeito da matéria, que não foi sequer encarada como um problema que merecesse cogitação teórica.

O Código Civil de 2002 referiu-se aos atos ilícitos por intermédio de duas cláusulas gerais. O art. 186 prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”¹².

O art. 187 tem a seguinte redação: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Consagrou-se, com esse dispositivo, a teoria do abuso de direito, velha conhecida da jurisprudência, cuja caracterização como ilícito, todavia, era polêmica.

Em livro que publicamos ainda antes da vigência do Código Civil de 2002, defendemos a contrariedade ao direito de tais atos, aos quais chamamos, todavia, de “ilícitos funcionais”¹³. Ponderamos em outra ocasião que atualmente, mercê da força, no direito atual, das

diretrizes constitucionais pertinentes, é algo fora de dúvida que a utilização de um direito não pode se prestar a fins opostos àqueles que orientaram seu nascimento, tampouco podem colidir com princípios maiores, se em choque.

O art. 187 está informado pela ideia de relatividade dos direitos. Isto é, os direitos flexibilizam-se mutuamente; não há direito isolado, mas dentro do corpo social, onde outros direitos convivem. Pontes de Miranda observou que “repugna à consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; já não nos servem mais as fórmulas absolutas do direito romano”(PONTES DE MIRANDA, 1966, p. 62).

O Código Civil, mais adiante, no art. 927, estatui: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. É fácil perceber que o Código Civil de 2002, se interpretado literalmente, conduz à conclusão de que a única eficácia possível, derivada dos ilícitos civis, é a obrigação de indenizar os danos causados.

Dissemos que o ilícito civil sempre aparece mesclado com a responsabilidade civil. Nunca, pelo menos ao que nos conste, surgiu a preocupação, em pesquisas monográficas, de teorizar o tema, como classe autônoma e de inegável importância de fatos jurídicos. São comuns, destarte, ponderações no sentido da absoluta indissociabilidade entre os atos ilícitos civis e a responsabilidade civil¹⁴.

Nessa concepção — que chamaremos, por brevidade, de clássica — o ilícito é pensado e tratado, sempre e sem exceção, como um apêndice da responsabilidade civil. Não haveria, para os que perfilham semelhante concepção, razão maior para diferenciação, porquanto, segundo raciocinam, o ilícito produz sempre, como eficácia, a responsabilidade civil, de modo que estudando esta estaremos, com vantagem, estudando aquele, ainda que nem toda responsabilidade civil advenha de atos ilícitos.

Talvez a confusão se explique pela identificação entre o gênero — os ilícitos civis — e uma espécie — o ato ilícito indenizante¹⁵. Sempre que se falava no tema, invocava-se essa espécie, e tudo que fosse característica sua atribuía-se, em descabida generaliza-

ção, à classe, ao gênero ilícito. E como essa espécie é geradora de responsabilidade civil, nasceu outra identificação: *ilícito civil é igual a responsabilidade civil*.

No entanto, a experiência jurídica moderna desmente tal identificação entre ilícito e responsabilidade civil. Não é possível, teoricamente, manter a tradicional associação¹⁶. Primeiro, responsabilidade civil é efeito, não é causa. Seu isolamento temático induz a certas análises equivocadas, que ofuscam o fato jurídico, lícito ou ilícito, originado do dever de indenizar. Depois, uma abordagem restrita à responsabilidade civil necessariamente oblitera as eficácias não indenizantes dos ilícitos civis.

Seria, *mutatis mutandis*, o mesmo que confundir uma fábrica, produtora de um largo espectro de produtos, com apenas uma de suas produções. A nosso sentir, tal postura empobrece, inexplicavelmente, o contexto dos ilícitos, reduzindo o gênero ao estudo dos efeitos de uma de suas espécies.

No direito dos oitocentos, cujo paradigma legislativo foi tão bem traduzido pelo nosso Código Civil de 1916, os ilícitos já não ostentavam apenas a eficácia indenizante. Essa foi uma falha de perspectiva advinda do apego ao literalismo do Código. Existiam então — como ainda hoje existem — ilícitos com efeitos que consistiam em autorizações, ou ilícitos que implicavam perda de direitos em relação a quem os praticou.

Por outro lado, o dever de indenizar pode resultar de ato lícito. Esse dever, quando resultante de ato praticado em estado de necessidade, não importa em resultante de ato ilícito, porquanto a contrariedade ao direito foi pré-excluída. Assim, “há indenizabilidade — excepcionalmente, é certo — que não resulta da ilicitude. Repararam-se danos que se causaram sem que os atos, de que resultaram, sejam ilícitos” (PONTES DE MIRANDA, 1966, p. 197).

O estado de necessidade foi previsto no art. 188 do Código Civil:

Não constituem atos ilícitos: II — a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Decidiu, a propósito, o STJ:

A empresa cujo preposto, buscando evitar atropelamento, procede a manobra evasiva que culmina no abalroamento de outro veículo, causando danos, responde civilmente pela sua reparação, ainda que não se configura, na espécie, a ilicitude do ato, praticado em estado de necessidade (STJ, REsp. 124.527, rel. min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, DJ 5 jun. 2000).

O ato praticado em estado de necessidade, embora lícito (Código Civil, art. 188, II), obriga a indenizar (Código Civil, art. 929)¹⁷. Ainda que a maioria dos ilícitos civis importe em dever de indenizar, isso, decerto, não pode servir como escusa para que se lance as demais espécies para debaixo do tapete. Se a eficácia indenizante não exaure o espectro das eficácias possíveis dos ilícitos civis, está evidenciada a inconveniência do critério clássico.

É interessante, portanto, sob o prisma teórico, mostrar que não existe uma relação necessária entre os ilícitos civis e o dever de indenizar. Esse dever, bem vistas as coisas, representa a eficácia de uma espécie de ilícito — o ilícito indenizante —, sem que possa ser tido, contudo, como propriedade exclusiva sua, mercê da possibilidade de surgir como eficácia produzida por um ato lícito.

Em outra oportunidade elaboramos divisão dos ilícitos civis com base em três critérios. Escrevemos na ocasião:

Se afirmamos, até aqui, que o ilícito civil é uma classe com várias espécies, compondo um gênero rico e matizado, cabe arrolar as hipóteses, de molde a propiciar uma visão integral do que se fala. Vale dizer que as três propostas de classificação que esboçamos (a partir do suporte fático abstrato, dos efeitos produzidos e dos limites subjetivos de eficácia) porque fundadas em critérios de análise distintos, não são excludentes, isto é, nada impede — antes tudo sugere — que um mesmo fato jurídico seja categorizado simultaneamente nos três planos (BRAGA NETTO, 2002, p. 89).

Contudo, por razões de espaço, nos limitaremos, neste artigo, a uma das classificações propostas: aquela relativa aos *efeitos produzidos*. Por isso, pela necessidade de exaurir os ilícitos civis encontráveis, julgamos imprescindível categorizá-los também tendo por norte a eficácia, pois somente assim teremos uma visão completa e integral do problema.

Nossa proposta é separar a eficácia com a seguinte pergunta: qual o efeito que esse ilícito produz? E, com base nisso, traçar um quadro com as modalidades possíveis de eficácia que podem dimanar de um ilícito civil, de jeito a fornecer um material teórico que esgote os esquemas de eficácia existentes.

Assim, sob o aspecto da eficácia, os atos ilícitos no direito civil podem ser classificados em:

- a. **Ilícito indenizante:** é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in natura* ou *in pecunia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um ilícito indenizante.
- b. **Ilícito caducificante:** é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importam os dados de fatos aos quais o legislador imputou tal eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante.
- c. **Ilícito invalidante:** é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito dar-se-ia pela negação dos efeitos que o ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, o ato é invalidante, o que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.
- d. **Ilícito autorizante:** é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito, o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor.

Importa analisar, levemente, cada uma das espécies, em ordem a potencializar-lhes o significado.

Ilícito indenizante — É o ilícito que produz como eficácia o dever de indenizar. Ressalte-se, porém, que, no dever de indenizar, pode estar compreendido o dever de ressarcir, que, aliás, deve ser priorizado¹⁸. Denota, de qualquer sorte, o dever do agressor de recompor a esfera jurídica do agredido. É tão conhecido e tão comum que nos dispensaremos de maiores referências a propósito (Código Civil, arts. 186 e 187 c/c art. 927).

Digamos que alguém, por negligência (míope, resolveu dirigir mesmo tendo esquecido os óculos em casa), provoque dano (colide com veículo alheio). Deverá, como consequência, indenizar os prejuízos causados. Haverá, no caso, um ilícito (Código Civil, art. 186), cuja consequência será a responsabilidade civil (Código Civil, art. 927).

Ilícito caducificante — No ilícito caducificante, o sistema relaciona ao ilícito a perda de um direito. Aliás, mais propriamente, a perda de qualquer categoria de eficácia¹⁹. Assim, decorre do ilícito, de modo direto e imediato, a perda de um direito.

Estatui, a propósito, o Código Civil, art. 1.638:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I — castigar imoderadamente o filho; II — deixar o filho em abandono; III — praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV — incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Assim, o pai (ou a mãe) que espanque o filho pode perder o poder familiar. Se a mãe de recém-nascido castiga imoderadamente o filho, poderá perder o poder familiar sobre ele. Trata-se, na espécie, de um ilícito civil, sem prejuízo do ilícito penal porventura caracterizado (lembramos que, se o efeito — perda do poder familiar — é civil, o fato jurídico que originou esse efeito também o é. Sem prejuízo, repita-se, de o fato configurar, simultaneamente, suporte fático de ilícito penal).

Os ilícitos civis — cabe insistir — podem dar ensejo à perda de direitos ou outras categorias de eficácia. Apenas para exemplificar, o

herdeiro que sonegar bens, não os levando à colação, perde o direito que sobre eles pudesse ter (Código Civil, art. 1.992: “O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe caiba”), quer dizer, a perda de um direito como efeito de um ilícito civil.

Suponhamos que alguém tenha recebido um apartamento, doado por seu pai. Deverá, em seu inventário, declarar que recebeu tal doação, levando o bem à colação (para compensação com os demais irmãos, por exemplo). Se omitir, escondendo o bem, perderá o direito sobre ele. Trata-se da clássica sanção dos sonegados. O contraente que pratica ato proibido pelo conteúdo do contrato pode perder certos direitos, como o direito à resolução, o direito à posse de determinado bem, etc. Tal perda não decorrerá de um ato inválido, mas apenas de um ilícito ao qual o sistema imputa, diretamente, a perda de um direito, mercê do ato praticado.

Ilícito autorizante — É o ilícito cujo efeito consiste na autorização, facultada pelo sistema, ao ofendido, para praticar, ou não, a seu critério, determinado ato. No ilícito autorizante, o ordenamento lhe relaciona uma autorização, que sem ele não existiria. Nasce, destarte, para o ofendido, a possibilidade de praticar certo ato, como efeito do ato ilícito.

É interessante, portanto, sob o prisma teórico, mostrar que não existe uma relação necessária entre os ilícitos civis e o dever de indenizar. Apenas para exemplificar, a ingratidão do donatário é um ilícito civil cujo efeito consiste, exatamente, na possibilidade, que o ordenamento faculta ao doador, de revogar a doação, se assim lhe aprouver (Código Civil, art. 557: “Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I — se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II — se cometeu contra ele ofensa física; III — se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV — se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava”). Trata-se, portanto, de uma autorização

como efeito de ilícito. Qual o ilícito? A ingratidão do donatário. Qual o efeito? A possibilidade da revogação da doação.

Imaginemos que alguém doe uma fazenda para seu afilhado. O afilhado (donatário), porém, é ingrato para com o doador (conceito de ingratidão de acordo com a lei civil). O Código Civil autoriza o doador, nesse caso, a revogar, caso deseje, a doação válida e formalizada.

Essa possibilidade de revogar a doação — autorização — só existe porque o ilícito foi praticado. Sem o ilícito ela inexistiria. É mais uma demonstração de que os efeitos dos ilícitos civis são múltiplos, não se resumem a uma eficácia única.

Formulemos outra hipótese. Uma pessoa tem seu sítio invadido por desconhecidos. Poderá, caso queira, expulsar à força os invasores, desde que o faça logo e sem excessos. Trata-se de um dos poucos casos de exceção ao monopólio estatal no uso da força, ao lado da legítima defesa. Pontes de Miranda lê tais casos como hipóteses de justiça de mão-própria.

O Código Civil, no art. 1.210, § 1º, regula a situação descrita: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”. Trata-se, novamente, de uma autorização (expulsar os invasores) que o Código Civil disponibiliza a quem sofre um ilícito civil (no caso, teve sua propriedade invadida).

Ilícito invalidante — A grande questão que aqui se põe não é tanto identificar os inválidos, mas caracterizá-los como lícitos ou ilícitos. A doutrina tradicional, mercê da identificação do ilícito civil com uma de suas espécies, afastou, sem maiores discussões, os inválidos da seara ilícita. Assim, no Direito Civil, salvo em tópicas manifestações, os inválidos são considerados lícitos, ainda que por exclusão.

Há autores, contudo, que distam dessa orientação. Pontes de Miranda (1954, p. 202) inclina-se em enxergar nos inválidos atos

ilícitos. Marcos Bernardes de Mello (1991, p. 199) os tem como inquestionavelmente ilícitos. Paulo Luiz Netto Lobo (1991, p. 158), de igual modo, também assim os categoriza.

De fato, as sanções, em Direito Civil, não se resumem ao ressarcimento, à reparação ou à indenização. Desde que se perceba, com clareza, essa realidade, que emerge do próprio direito legislado, é possível dimensionar, com mais exatidão, os atos inválidos. E, por conseguinte, verificar-lhes o caráter ilícito. Os efeitos dos ilícitos civis podem assumir, simplesmente, o caráter negativo, ou seja: o sistema inibe o ato de produzir efeitos, ou alguns deles. É preciso, nesse ponto, firmar uma premissa: invalidade é sanção²⁰. É uma sanção atípica, se nos ativermos ao senso comum de que sanção, em Direito Civil, corresponde, fundamentalmente, à reparação dos danos causados, mormente pecuniários.

Não há, de fato, razão jurídica a secundar a peremptória exclusão dos inválidos da seara dos ilícitos civis, ou seja, a tese tradicional pugna pela conformidade ao direito de atos forjados à base de dolo, coação etc.

Imagine-se que poderoso fazendeiro, desejando obter a terra de modesto colono, ameça-lhe (“ou você me vende a terra por tanto, ou sua filha talvez não retorne da escola esse mês”). O colono, sentindo-se em perigo, realiza a venda. Estaremos diante de um ato lícito? Naturalmente não. Dispõe, a propósito, o Código Civil, art. 151: “A coação, para viciar a declaração de vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou aos bens”. O artigo seguinte dispõe: “Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela”. Mais adiante, o Código Civil, no art. 178, dispõe: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I — no caso de coação, do dia em que ela cessar”.

Com efeito, como defender o caráter lícito de um contrato em cujo firmamento um dos contraentes foi coagido? A coação é causa de anulação do negócio (Código Civil, art. 171, II). Não há razão jurídica

para postular a conformidade ao direito de um ato tal. Eles são contrários ao direito, e, como tais, ilícitos.

Cabe lembrar que o dualismo lícito/ilícito esgota, sob o prisma da conformidade ou contrariedade ao direito, as possibilidades de categorização dos atos jurídicos. Destarte, o que não for lícito será ilícito e vice-versa. Portanto, os que perfilham a tese de que somente são ilícitos os atos cujo efeito é a indenização aceitam, de modo oblíquo, a conformidade ao direito de atos realizados por pessoas coagidas ou contratos firmados com objetos ilícitos, por exemplo.

Os atos inválidos funcionam, por vezes, como uma espécie de rede de segurança, impedindo a eficácia indesejada pelo sistema jurídico. Nos inválidos apenas ocorre a negativa da produção dos efeitos do ato ilícito realizado, sem que se perca direito já integrante do patrimônio jurídico (caducificantes), sem que surja autorização para praticar um ato (autorizantes), ou sem que surja, necessariamente, o dever de indenizar (indenizantes).

4 CONSTRUINDO PARADIGMAS DIFERENCIADOS DE PROTEÇÃO

Concluindo a exposição — e tendo presente a advertência de Hegel de que o excesso de argumento prejudica a causa —, cabe lembrar que todo sistema jurídico tem de lidar com a violação de suas normas. Estabelecer, juridicamente, padrões de conduta importa em prever, naturalmente, modelos de comportamento que distem desses padrões. O ilícito, nesse sentido, é uma reação, juridicamente organizada, do sistema jurídico contra a conduta que viola seus valores, princípios e regras.

O ilícito civil, hoje em dia, deve ser perspectivado não só como representante do dever de indenizar mas também, fundamentalmente,

como a categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema para evitar a continuação ou a repetição das agressões aos valores e princípios protegidos pelo direito.

Amplia-se, assim, o espectro dos ilícitos civis, com a possibilidade de que eles defluam da violação a princípios, sem a tipologia fechada que caracteriza o direito penal. Sustenta-se serem os ilícitos civis abertos, no sentido de que princípios, e não apenas regras, podem servir de base material para sua configuração.

Defende-se que a responsabilidade civil é efeito de uma espécie de ilícito, e não do gênero ilícito civil. Postula-se a existência de outras eficácias, igualmente existentes, que decorrem de ilícitos civis. As sanções civis, desse modo, não se resumem no dever de indenizar ou ressarcir, podendo também compreender: a) a autorização para a prática de certos atos pelo ofendido; b) a perda de certas situações jurídicas (direitos, pretensões e ações); ou c) a neutralização da eficácia jurídica (não produção dos efeitos jurídicos como sanção).

Essa percepção naturalmente conduz a uma notável ampliação da função dos ilícitos no sistema jurídico. De fato, um entendimento meramente estático dos ilícitos, a partir de certas propriedades abstratamente postas, não se concilia com um sistema jurídico fundado em valores e princípios, cujas bases são essencialmente axiológicas, e não puramente lógico-formais (Constituição da República, art. 1º, III; art. 3º, I e III).

Os novos padrões de conduta, na esfera civil, são iluminados por valores, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade substancial, solidariedade, entre outros. Não existe mais uma rígida tipologia de condutas possíveis e condutas vedadas. Não, pelo menos, na órbita civil. As ações permitidas e as ações repudiadas são definidas em razão dos condicionamentos históricos, recebendo substancial influência de outros setores sociais, que penetram no sistema jurídico por meio dos princípios, que, por sua vez, carecem de concretização mediadora.

O ilícito civil, se perspectivado em termos contemporâneos, ostenta uma permeabilidade aos valores inédita aos olhos clássicos. Possui uma mobilidade que lhe permite transitar pelo sistema jurídico incorporando referências axiológicas e as traduzindo em sanções, em ordem a assegurar, de forma aberta e plural, a preponderância dos valores fundamentais no sistema do Direito Civil.

O Direito Civil sempre ostentou um rico aparato conceitual, cuja transmissão, de geração em geração, se dava sem parênteses críticos. Tínhamos, nessa visão, uma sagrada herança que à nova geração não era dado discutir, mas reverenciar e aplicar. Seria intelectualmente suicida desprezar, em nome do novo, o notável legado clássico. O que se busca, naturalmente, é reler as velhas e sólidas categorias sob novas luzes, tradutoras de novos valores e novas necessidades.

Embora pudéssemos arrolar múltiplos casos em abono a tais linhas gerais, cremos que não acrescentaria muito, em substância, àquilo que já pontuamos. O que parece relevante, em estreita conexão com o tema proposto, é otimizar os mecanismos preventivos de tutela — desafio árduo, para cujo implemento a jurisprudência desempenhará notável função. Cecília Meirelles constatou, já há algumas décadas, que o supérfluo se tornou tão imprescindível que perdemos de vista o verdadeiramente essencial.

A construção de uma sociedade mais justa e solidária não se faz apenas imputando aos danos reparações monetárias. É fundamental ampliar os espaços de exercício da dignidade — na família, nos contratos, na empresa ou em quaisquer relações subjetivas que projetem efeitos jurídicos. Cabe aos civilistas abandonar a postura neutra — claramente envelhecida e historicamente gasta — e estabelecer, à luz da Constituição, paradigmas diferenciados de defesa, otimizando proteção àquelas formas de contrato, de propriedade, de união familiar, que melhor realizem os valores constantes em nossa ordem constitucional. Enfim, deve-se buscar modelos que operacionalizem a realização dos valores existenciais, em detrimento, havendo choque, dos valores patrimoniais. É essa sua grande tarefa, nessas primeiras décadas do século XXI.

NOTAS

1. A doutrina nacional, em sua amplíssima maioria, identifica ilícito civil com responsabilidade civil. Imagina, portanto, que ilícitos civis são aqueles previstos no Código Civil (arts. 186 e 187), cujo efeito é, sempre e apenas, o dever de indenizar (art. 927). Tal visão, segundo cremos, é parcial e não dá conta da realidade do mundo jurídico. Na verdade, bem vistas as coisas, os ilícitos civis perfazem um rico gênero, variado e multiforme, cujos contornos não aceitam a tradução dogmática oferecida pela doutrina clássica, ainda hoje repetida nas novas edições.

Pontes de Miranda, com a antevisão que o distinguia, percebeu, antes de todos, que os ilícitos civis são um gênero com múltiplas espécies, cada uma delas com requisitos e efeitos diferenciados. Marcos Bernardes de Mello, em sua *Teoria do Fato Jurídico* — trilogia que adquiriu, por seus méritos, lugar entre os clássicos da literatura jurídica nacional —, sistematizou e problematizou, relativamente aos ilícitos, a obra de Pontes, ocupando a parte final do primeiro volume — *Teoria do fato jurídico* (Plano da Existência). Propusemos, em outra oportunidade — *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 —, uma nova abordagem do tema, fundada, precipuamente, na classificação à luz de três critérios distintos (suporte fático abstrato; relação jurídica violada; efeitos produzidos).

2. Pontes de Miranda constatou a inércia mental que costuma acometer os juristas frente às novas codificações: “As codificações ossificam, dão rigidez oficial e arquitetônica às leis. O primeiro pendore dos comentadores é para a exegese literal, ou a distribuição das regras em proposições coerentes, lógicas, que nunca se podem atacar entre si, nem, sequer, premir”. (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. LIII, p. 70). Menezes Cordeiro, em perspectiva semelhante, pondera: “As codificações, essencialmente redutoras e simplificadoras, provocam, num primeiro momento, atitudes positivistas. Trata-se de uma conjunção facilmente demonstrada na França pós-1804, na Alemanha pós-1900 e em Portugal pós-1966”. (*Os dilemas da ciência do direito no final do século XX*, prefácio à obra de Claus Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. XIII).
3. Cf. REIS, 1997, p. 124.
4. “O racionalismo marca, assim, a ciência jurídica moderna, cuja nota específica é a exatidão. Sua realização máxima são os códigos e as constituições: razão, direito e política. O pensamento sistemático invade a ordem jurídica”. (AMARAL, F. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil*. jan./mar. 1993, ano 17, n. 63, p. 45-56, p.47).

5. MONATERI, 1999, p. 24-25.

6. DE LA PUNETE Y LAVALE, 1988, p. 10.

7. REIG, 1957, p. 126.

8. LÔBO, 1983, p. 128.

9. Mesmo numa perspectiva puramente ressarcitória e oposta à por nós adotada neste artigo, é possível perceber a tendência ao abandono da categoria clássica do ilícito extracontratual em oposição ao ilícito contratual, em favor de uma nova figura, de maior abrangência, denominada, por Grant Gilmore, de contort (*The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974).

10. Expressiva a ponderação de Orizombo Nonato: “Contudo é possível, diante deles, afirmar, como o egrégio Clóvis, que a idéia de dano ressarcível é, em nosso direito, mais ampla do que a de ato ilícito”. (*apud*. SILVA, W.M. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 69).

11. Pontes de Miranda dá exemplo eloquente, no caso do que vendeu penicilina a ser entregue e, tendo havido grande desastre, a empregou nos feridos, não podendo adimplir, no dia, o contrato. Haveria, em tese, ilícito relativo, pela violação da relação contratual. Na espécie, no entanto, isso não ocorre, porquanto a contrariedade ao direito, essencial ao ilícito, foi pré-excluída pelo estado de necessidade. (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 229).

12. De toda sorte, e sem embargo das críticas que se lhe possam ser feitas — no sentido de pretender esgotar o conceito de ilícito civil —, é certo que o art. 159 do Código Civil revogado (inspirador do art. 186 do atual Código Civil) é superior aos modelos legislativos existentes à época de sua edição. Aliás, o próprio BGB, tido como uma codificação tecnicamente esmerada, inseriu o ilícito civil na parte especial, no direito das obrigações, e não na parte geral, como fizeram os códigos civis brasileiros. Outrossim, o BGB optou (§ 823) por uma descrição tarifada dos bens jurídicos que, violados, ensejariam ilícitos, numa técnica inferior àquela adotada pelos códigos civis brasileiros, que se valeram de cláusulas gerais (art. 159, CC/1916; art. 186 e 187, CC/2002).

13. BRAGA NETTO, 2002, p. 116-123.

14. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 417.

15. Pontes de Miranda prefere o termo *ato ilícito em sentido estrito*, ou *delito civil* (*Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 213).

Essa expressão, contudo, não nos serve, porquanto abrange, em seus limites conceituais, a culpa e o dano, fatores estranhos à eficácia.

16. Pontes de Miranda (1954 p. 201), escrevendo em meados do século passado, já consignava: “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar”. Aliás, ainda antes, em 1928, no seu livro *Fontes e evolução do direito civil brasileiro* (ed. Pimenta de Mello), Pontes já intuía que os ilícitos não se esgotavam no dever de indenizar. Assim, ao esboçar a classificação dos fatos jurídicos adotada pelo Código Civil, bipartia os ilícitos em delitos e outros ilícitos, que não fossem delitos (p. 176).
17. BRAGA NETTO, 2008.
18. Curioso é que Pontes de Miranda já houvera assentado a existência, no Brasil, do princípio da primazia da reparação *in natura*. Hoje, por intermédio do art. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 do Código do Consumidor, deve ser buscada, em linha de princípio, a tutela específica da obrigação. Não sendo possível, o resultado prático equivalente. Somente em último caso, as perdas e danos.
19. Partindo da premissa, forte em Pontes de Miranda, de que a relação jurídica está no plano da eficácia, integrada, no seu esquema integral, por direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situação de acionado (ação de direito material) e exceção e situação de exceptuado.
20. PONTES DE MIRANDA, F.C. 1966, p. 104.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, C. *O código civil comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRAGA NETTO, F.P. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *F.P. Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE LA PUENTE Y LAVALE, M. Nuevas tendencias en la contratación moderna. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n. 3, Lima, 1988.

LÔBO, P.L.N. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LORENZETI, R.L. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, M.B. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MONATERI, P.G. *Pensare il Diritto Civile*. Torino: Giappichelli, 1999.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, T. II.

_____. F.C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, T. LIII.

RIEG, A. *Le role de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle*. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, 1957, t. 4.

ASPECTOS DE ALGUNS PRESSUPOSTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS HERMENÊUTICOS PARA O CONTEMPORÂNEO DIRETO CIVIL BRASILEIRO – ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA UMA REFLEXÃO

Luiz Edson Fachin

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP); membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Atuou como colaborador no Senado Federal na elaboração do novo Código Civil brasileiro. Membro da Associação Andrès Bello de juristas franco-latino-americanos.

quer de reduzir no sistema jurídico a hermenêutica apenas a ter vez quando do surgimento de uma “lacuna normativa”, e quer ainda de equivaler *hermenêutica* à *interpretação*, implicando ou não equivocidade elementar.

Por derradeiro, nos limites deste exame, tem sentido investigar em que medida isso pode contribuir para uma hermenêutica jurídica diferenciada, ligada à percepção civil-constitucionalista de índole prospectiva, cujo *dever* encontra-se orientado pela *aletheia* de conceitos e relações jurídicas submetidos à contraprova histórica da concretude, visando sempre à promoção do *ser* como *humano* de necessidade e liberdade, *constituído dialeticamente* por intermédio de sua própria *ação*.

Anima o presente estudo, com base em alavanca histórica e determinado estímulo filosófico, sustentar a constitucionalização prospectiva de uma hermenêutica emancipatória do Direito Civil brasileiro.

2 CRISE DA RAZÃO OCIDENTAL: BREVES APONTAMENTOS

Se da superação de um dado paradigma da cognoscibilidade fez-se premente o renascimento da *scientia* clássica no século XVI, rompendo-se definitivamente com a mentalidade medieval, não menos verdade é o fato de que a promoção desse conhecimento lastreou o desenvolvimento da racionalidade moderna, levando à ebulição política, que já se sagrava, de algum modo, no plano econômico e social; a manutenção dos privilégios da nobreza, já no apagar das luzes do século XVIII, não mais se fazia possível. Revolucionou-se, pois, não apenas uma sociedade mas uma cultura e, por que não, uma certa racionalidade.

Um determinado conceito de metafísica clássica que outrora havia sido resgatado e lapidado sob o método cartesiano, que pela ló-

gica matemática chegou à existência do *ser* pelo *pensar*², passa por uma forte turbulência, a qual pode ser apreendida como processo crítico de constante questionamento e (des)construção, cujo desiderato não poderá ser outro senão aquele que tem sua síntese numa revolução epistêmica.

Como se sabe dos fundamentos elementares, Comte deixou seu legado à ciência pela elaboração do *método científico positivista*³, que buscava observar e explicar os fenômenos isoladamente considerados, incluindo os *atos sociais*. Nesse caso, o Direito foi cientificamente concebido na busca pela regulamentação dos fatos sociais, por aquilo que se denominou de Estado, que elaboraria leis abstratas para prever e orientar as pessoas segundo um juízo de *dever ser* das condutas humanas. Os fatos se tornam gerais e abstratos compondo as leis e, do estudo destas, inaugurar-se-ia, pois, uma nova ciência, que desvinculou fato e norma, tomando esta por objeto.

O quadro não era linear nem imóvel. A exemplo, criticando a conformação social do século XIX, Nietzsche colheu de sua externalidade política, cultural e organizacional a *vontade de poder* — uma necessidade histórico-psicológica do existir humano que visa “imprimir no *dever* o caráter de *ser*” (2008, p. 316). Escancara-se, pois, a contradição intramuros não apenas da *coisa em si* mas do próprio *sujeito racional* (2008, p. 291).

Além de colocar em xeque a própria concepção de *sujeito racional*, Nietzsche procede a uma crítica feroz da moral e da própria formação cultural da sociedade, suscitando que os *significados* e os *valores* vigentes na sociedade são relativos e mutáveis, fruto de sua própria historicidade, inexistindo, assim, uma verdade absoluta (1992, p. 172-175).

Há mais ainda nesse quadro de ebulições, notadamente no campo da filosofia. Assim, Marx, influenciado em boa medida pelo materialismo de Feuerbach e pela dialética de Hegel, elaborou um método novo, diferente daqueles até então existentes para o estudo das ciências sociais, o *materialismo histórico-dialético*. Por meio deste método, dedicou-se ao estudo das relações sociais e

propugnou que a conformação social dos indivíduos estratificados em classes era resultado histórico das relações de produção e de exploração praticadas pelo homem “nas relações materiais da vida” (1982, p. 530). Depreende-se, assim, um cenário de clara conformação do Direito dentro do sistema econômico.

Ponderou Marx que as relações tidas em sociedade estavam na *infraestrutura* de um sistema cuja *superestrutura* estava ordenada à manutenção dessas relações de exploração por meio de aparatos tanto materiais como *ideológicos*. Nesse sentido, os valores disseminados socialmente por meio da religião e da moral condicionam ideologicamente o pensamento do homem, alienando-o e escamoteando as relações de exploração historicamente estabelecidas, conduzindo a uma “compreensão invertida dessa história ou à abstração total dela” (MARX, 2007, p. 36).

Desse modo, sem embargo de uma síntese reducionista, é possível afirmar, para os fins deste ensaio, que da crítica à metafísica clássica levada a cabo pelo positivismo de Comte, pelo niilismo de Nietzsche e pelo materialismo histórico-dialético de Marx emergiram diferentes posicionamentos no início do século XX, a saber: a) provinda da noção de *ordem e progresso* trazida pela ciência positiva e pelo método científico, surgiu a Escola Positivista do Direito, que teve por expoente Hans Kelsen; b) das críticas marxistas, sobreveio a Escola de Frankfurt, marcadamente preocupada com o aspecto social do homem e com as relações de exploração, manifestando, inclusive, especial interesse pela *arte* e pela *técnica* em uma perspectiva crítica; c) das críticas de Nietzsche, sobreveio a Filosofia Existencialista, cujo pensamento foi fortemente influenciado pela fenomenologia de Husserl e do qual o estudo buscou a compreensão do homem em si, a respeito de como ele se coloca no mundo e quais eram os seus anseios pessoais, existenciais.

Tal sucinta apreensão fornece, nos seus limites, os primeiros pilares para assentar a presente reflexão.

3 A PRÉ-COMPREENSÃO DE GADAMER: O MAGISTÉRIO DE HEIDEGGER

Tomando-se por base a contextualização antes levada a efeito, chega-se ao pensamento de Martin Heidegger. Centrando sua filosofia acerca do ser, afirma que na modernidade houve um esquecimento do ser em prol do ente. Para ele, haveria uma diferença ontológica entre *ser* e *ente*, uma vez que, enquanto o *ser* conforma uma questão estritamente humana, o *ente* diz respeito apenas à base material do *ser*, ou seja, o ente é apenas um meio para que o ser se desenvolva.

Desse modo, Heidegger critica a ciência moderna — podendo-se assim definir aquela desenvolvida com base no método cartesiano — justamente por investigar o *ente* em detrimento do *ser*, colocando-o como objeto a ser entendido e estudado de acordo com sua externalidade (HEIDEGGER, 2005, p. 78).

Partindo do problema do *ser*, Heidegger sustenta que a questão da existência humana precede o pensar (*existo, logo penso*), conformando aquilo que ele define por *das Sein (ser-aí)* (2005, p. 149). O homem, assim, não é um sujeito, mas o conjunto homem-mundo em um dado tempo; o homem apenas existe se no mundo e se nele estiver inserto em um dado tempo.

Passemos em revista algumas ideias elementares, suficientes *quantum satis* para a análise em desenvolvimento.

Ser, portanto, é um problema temporal, e não puramente espacial. Concebido em um todo que abarca o ente e, por conseguinte, o espaço, o ser tem uma dimensão histórica, segundo a qual o homem se coloca na história por meio da linguagem (maneira pela qual pretende cultivar o ser) (HEIDEGGER, 2005, p. 219-220). O ser se manifesta pela cultura, cultivada pela linguagem, que se apresenta como uma questão aberta, inclausurável, uma vez que a linguagem fenomenológica preenche-se pela intuição, “remonta as experiên-

cias de pensamento relativas ao mundo da vida que estão sedimentadas na linguagem, que originariamente também residiam à base da conceptualidade da tradição” (GADAMER, 2009, p. 27).

A hermenêutica, para Heidegger, compreende a interpretação do objeto *ente* pela pré-concepção do intérprete *ser*, que só existe enquanto tal em um dado tempo. Assim, a *hermenêutica* se revela como *fenômeno da existência do ser*, que abarca ontologicamente a totalidade por traduzir o universo *ente* pela *compreensão* do sujeito *ser*.

Essa percepção vai resultar em relevante segmento do pensamento contemporâneo, como se verá.

4 A FILOSOFIA HERMENÊUTICA DE GADAMER

É nesse contexto, especialmente embasada nos ensinamentos de Heidegger, que Gadamer passa a desenvolver sua base hermenêutica, definindo-a como um *processo que está para além do puro e simples interpretar*, pois transcende o texto escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto. Segundo Gadamer, isso ocorre porque a hermenêutica sintetiza um processo inerente ao saber humano e que tem por escopo uma *pré-compreensão* ligada à existência humana e às suas experiências (1997, p. 403).

Avancemos um pouco mais nessa direção intentando-nos manter fiel à afirmação de que todo saber humano tem uma *pré-compreensão* porque não se pode desvincular a interpretação do *ser*, do intérprete enquanto pessoa humana inserida em um dado contexto histórico, social, econômico e linguístico, e que guarda consigo um arcabouço de saberes que irão influenciar tanto a sua análise quanto a própria maneira de expressar a sua interpretação (GADAMER, 1997, p. 403). Desse modo, segundo Lenio Streck, a “linguagem [é] a

casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, *ter um mundo é ter uma linguagem*” (2000, p. 166).

Para o autor, o intérprete deve estar disposto a dialogar com o texto para que, na proporção dessa abertura, componha-se um plexo dialético entre aquilo que é lido e o que é pré-concebido, firmando-se, então, uma nova (e única) compreensão, que substituirá (ou não) os *pré-conceitos* por *conceitos* novos e mais adequados (1997, p. 43). O fenômeno hermenêutico deixa, portanto, de ser percepção, passando a ser *compreensão*.

Nesse sentido, a hermenêutica conforma um *fenômeno interpretativo* enquanto *compreensão do ser*, e não um método que orienta a interpretação genérica visando à obtenção de uma dada verdade.

Restringir, desse modo, a hermenêutica aos cânones objetivos e fechados da ciência, implica reduzir-lhe a abrangência, limitar-lhe o diálogo para com o texto e, por consequência, torná-la menos dúctil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório enquanto *compreensão* do próprio *sujeito*.

Eis aí, pois, um primeiro passo do exame em desenvolvimento. Impende, agora, desdobrar tais delineamentos.

5 HERMENÊUTICA JURÍDICA: UM FENÔMENO CULTURAL ATRELADO À EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA ABERTO

Tendo-se em mente essa concepção gadameriana de hermenêutica — segundo a qual a *interpretação* é a *compreensão* do *fenômeno* pelo *ser* que já lhe tem uma dada *pré-compreensão*, decorrente de sua conformação espaço-temporal, e não um *método* hábil à constatação de uma *verdade* —, passar-se-á à hermenêutica jurídica.

Inicialmente, impende destacar que a ideia de *pré-compreensão* é comungada por aqueles que desenvolvem no Direito uma teoria hermenêutica crítica, pautada num sistema jurídico aberto. Entre nós, a teoria constitucional de Luis Roberto Barroso (1996, p. 1), por exemplo, afirma: “toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente o imaginário de cada um”. A lição advém de Canaris (1996, p. 54), que sustentava:

a apreensão hermenêutica da realidade — para o caso, da realidade jurídica — só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada. Há, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias.

Dito isso, para que seja possível a interpretação jurídica, deve-se reduzir a *objetividade possível* do Direito ao *conjunto de possibilidades interpretativas da norma*. Deduzir, entretanto, essas possibilidades interpretativas da norma não é tarefa fácil, quiçá possível, especialmente porque não se pode desprezar a real dimensão da própria hermenêutica.

Tamanha é a dificuldade de objetivar o conjunto de possibilidades interpretativas que Karl Larenz (1997, p. 282), após afirmar que “interpretar é uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe tinha deparado como problemático”, assevera, em outro capítulo de seu livro, que não ser sentido de fácil determinação, uma vez que o “seu significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso” (IBIDEM, p. 139).

Se fechado e hermético for o sistema, o rol de possibilidades interpretativas mostrar-se-á insuficiente à complexidade fática da questão sob análise, conduzindo à injustiça. E se aberto for, duas ponderações são possíveis.

Em primeiro lugar, o sistema pode revelar-se aberto àquilo que ele não pôde abarcar, dando-se azo a uma lacuna a ser colmatada por critérios hermenêuticos⁴. Em segundo lugar, um sistema pode-se

revelar aberto por uma hermenêutica dialética, que submete pereneamente as regras aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade, tornando quase impossível a *predeterminação do conjunto de possibilidades interpretativas*.

Para Lenio Streck (2000, p. 98), a *tese das lacunas* existe para sustentar o Direito reproduzido de maneira *circular e controlada*, o que implicaria afirmar ser o ordenamento dinamicamente *autopoietico*, ou seja, que se reproduz por meio de sua *autorreferência*⁵.

Por sua vez, a segunda tese deriva de uma concepção tanto mais complexa, que será adiante exposta, logo após uma breve investigação do *sistema jurídico* e da *revolução hermenêutica* levada a cabo na década de 1970.

Desse modo, para melhor se investigar o fenômeno hermenêutico, se faz necessária uma breve incursão à concepção de *sistema* e à sua estrutura, que restou recentemente modificada pelas teorias principiológicas do Direito.

Como se depreende, até este passo cumpre o estudo uma aproximação de pressupostos à luz de um debate central no Direito contemporâneo.

5.1 A abertura semântica do sistema jurídico: uma questão de princípio

Tal qual afirmamos em outra oportunidade, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1976), notadamente influenciado pela teoria luhmanniana, partiu do anseio de Emil Lask pela *integração* do Direito para traçar a importância da *sistematização* da Ciência Jurídica, que tem na globalidade o seu fim último. Para ele, o *sistema jurídico* fundar-se-ia sobre a) o repertório de elementos que o integram; b) a estrutura que o organiza; e c) a unidade que lhe confere coerência interna.

Dentro dessa filosofia, os princípios são pensados intrassistemicamente, conferindo ao sistema jurídico o aporte, a unidade e a coe-

rência necessários, de forma que todas as demais regras (elementos) estruturar-se-iam sobre eles. Essa é, entretanto, uma relação apenas entre normas, deixando-se de lado o poder normativo dos fatos. Tal horizonte amputou possibilidades e fez emergir relevantes cenários renovados.

Com a *virada hermenêutica* do final da década de 1970⁶, marcada pela valorização da Filosofia do Direito, conferiu-se abertura semântica ao Direito, passando-se a valorizar a *heterogeneidade* social, a força criativa dos fatos e o pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se revelou possível pela reestruturação da concepção dos *princípios*.

Abre-se aqui uma especial atenção aos princípios.

Inicialmente preocupado em traçar uma crítica ao positivismo sistêmico (*general attack on Positivism*), Dworkin (1977, p. 43) classificou as normas como gênero do qual derivam as espécies *princípios* e *regras*. Estas seriam aplicáveis segundo o método do *tudo ou nada* (*all-or-nothing*) — sendo válida, a regra seria aplicável, do contrário, não —, enquanto aqueles necessitariam de um método de *ponderação*, segundo o qual seria necessário avaliar o *peso* dos princípios colidentes (*dimention of weight*) para aplicá-los corretamente. Nesse caso, os princípios em choque seriam igualmente válidos, mas não igualmente aplicáveis (DWORKIN, 2002).

Amparado quicá em alguma medida nas teorizações de Dworkin, Robert Alexy (1988, p. 139-151) afirmou que os princípios seriam verdadeiros *mandados de otimização*, os quais deveriam atuar conjunta e paralelamente às regras, de forma a concretizar, por meio delas, sempre que possível, as suas finalidades intrínsecas, podendo, assim, variar de acordo com as vicissitudes do caso concreto. Vale mencionar que, para Alexy, regras são necessárias, haja vista o modelo exclusivamente principiológico (*Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) conduzir à inoperabilidade prática do próprio ordenamento, que seria incapaz de concretizar *in casu* aquilo que ele próprio propõe.

Desse modo, Dworkin e Alexy possibilitaram a abertura semântica do Direito ao acolher e sustentar que os próprios princípios fundadores deste também podem entrar em choque, devendo-se ponderá-los de acordo com o caso concreto. Tal proceder, como se sabe, não é imune à controvérsia.

Para essa abertura semântica, de qualquer modo, necessária se faz a compreensão do Direito como um sistema aberto, e não mais como um sistema fechado de normas, segundo previa a lógica positivista.

É necessário, nada obstante, compreender os reflexos dessa ordem de ideias para o Direito Privado.

5.2 O Direito como um sistema dialeticamente aberto

No caminho traçado, as linhas dos pressupostos buscados remetem a Claus-Wilhelm Canaris ao afirmar que a concepção de Direito como sistema possibilita sua unidade, sendo esta não apenas um pressuposto positivista de validade das normas hierarquicamente arranjadas mas a verdadeira constatação do princípio da igualdade, o qual é inerente à ideia de justiça material (1996, p. 18). Nesse contexto, Canaris concebe a *hermenêutica* como a doutrina hábil a estabelecer critérios de objetivação dos valores que atuam com papel decisivo dentro do ordenamento jurídico (1996, p. 33).

O autor afirma ser necessária a *adequação valorativa* dos conceitos jurídicos pelos *princípios* do sistema, o que implica afirmar que sobre conceitos fechados incide uma valoração segundo a ordem principiológica, possibilitando-se a abertura do sistema e, por consequência, a manutenção de sua unidade (1998, p. 80).

Tal sentido teve (e tem) larga repercussão e acolhimento. Nesse sentido está Ricardo Luis Lorenzetti (1988, p. 80), para quem “o Direito não é um sistema meramente dedutivo, [mas] sim um *sistema dialético*, orientado ao problema, é uma recopilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático”⁷.

Juarez Freitas afirma que, após a constatação da complexidade do fenômeno jurídico, convém ao Direito ser tido como um sistema aberto, “*potencialmente contraditório, normativa e axiologicamente*” (2010, p. 51), cuja melhor significação se traduz pelo desvendar do alcance de cada um de seus preceitos normativos hierarquicamente estabelecidos num *todo aberto*, visando sempre à “*resolução eficiente e eficaz dos conflitos individuais e coletivos*” (2010, p. 82). Daí porque “ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação” (FREITAS, 2010, p. 65).

Nesse ponto, o autor se refere à ordem dialética que deve passar a hermenêutica jurídica, cuja solução não se conforma num único brocardo nem pode ser reduzida a uma fórmula, mostrando-se sempre aberta àquilo que emana da sociedade e a fundamenta axiologicamente.

Celso Ribeiro Bastos traduziu, a seu turno, a *interpretação jurídica* como *fenômeno cultural* e lembrou-nos do óbvio, mas que não raramente é esquecido quando da aplicação da norma: que o *Direito é apenas um subsistema*, dotado de certa autonomia didática, de um todo mais genérico, qual seja, o *sistema social* (2002, p. 19).

Desse modo, pode-se verificar que o Direito é um sistema aberto, mas não só. É um *sistema dialeticamente aberto*, a ser compreendido por meio de uma hermenêutica crítica, que submete perenemente as regras aos preceitos constitucionais, destacando-se o princípio da *dignidade da pessoa humana*, e à contraprova da realidade.

Assim, a crescente importância da filosofia e a vertiginosa valorização dos princípios não tardaram a correr a hermenêutica civilista e a rapidamente ganhar força e voz, sendo, talvez, a mais expressiva a de Pietro Perlingieri. Dentro do Direito Civil, não seria exagero considerar essa reviravolta hermenêutica verdadeira *Virada de Copérnico*.

Não se trata de herança nem mesmo de legado; nada obstante, uma linha que beneplacita, de algum modo, sem reducionismos da teoria constitucional, um olhar diferenciado, como se expõe.

6 HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Perlingieri foi um dos precursores da intitulada *constitucionalização do Direito Civil*, que buscou, nos princípios e valores constitucionais, democraticamente erigidos, a (re)significação dos institutos do Direito Civil, promovendo a chamada *repersonalização do direito privado*, a qual deslocou o foco jurídico do patrimônio para a pessoa em si.

Nesse sentido, mais do que interpretar harmonicamente as leis constitucionais e infraconstitucionais, a compatibilização do Código Civil e das demais leis com a Constituição Federal compreende hoje uma “teoria da interpretação inspirada no personalismo e na preeminência da justiça sobre a letra dos textos”⁸, cuja contribuição sintetiza uma dupla tentativa: de superar o tecnicismo positivista e de relê-lo criticamente, à luz de experiências práticas e culturais.

A essa tentativa dúplice há de se acrescentar um dever que está para além dos cânones hermenêuticos rigidamente concebidos, compondo um *dever de práxis*, de aplicação prática dos princípios e das normas constitucionais, cujos limites transcendem ao mero raciocínio silogístico de subsunção para compor uma lógica inversa, segundo a qual o fato informa a norma, e não o contrário⁹.

Tomando-se por base a hermenêutica de Gadamer, quando um juiz interpreta uma norma — que, geral como é, “não pode conter em si a realidade prática com toda sua correção” (1997, p. 473) —, adaptando-a aos anseios de um novo tempo, ele está a resolver um problema prático, o que não significa que sua hermenêutica é arbitrária ou relativa. Pautando-se em Aristóteles, Gadamer (1997, p. 472-473) afirma que

o justo também parece estar determinado num sentido absoluto, pois está formulado nas leis e contido nas regras gerais de comportamento da ética, que apesar de não estarem codificadas, mesmo assim têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.

No Brasil, especial destaque e relevo têm a obra e o pensamento de Gustavo Tepedino nessa direção apontada.

Aceitar que o ordenamento sempre conformará uma *contradição em potencial*, como concebem Lorenzetti e Juarez Freitas, exige uma “consciência crítica e dialética para com a realidade (...), [cuja] centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas” (PERLINGIERI, 2008, p. 57). Verifica-se, pois, ser essa a consciência necessária para uma hermenêutica crítica do Direito, uma vez que “o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação” (BARROSO, 2003, p. 14).

Perlingieri chama a atenção ao dinamismo e à complexidade do Direito e de seu conteúdo, afirmando que a *sensibilidade jurídica*, formada no seio do próprio direito positivo, porém, arrimada em valores sociais, é o maior contributo do Direito Civil Constitucionalizado à doutrina hermenêutica, pois a apropriação desta sensibilidade se traduz na aquisição de um instrumento lógico e com argumentos para utilizar não mecânica e repetitivamente, mas conhecendo os seus fundamentos culturais e as consequências também sócio-econômicas de sua aplicação (2008, p. 59).

Essa dinamicidade representa o eterno embate entre teoria e prática, o qual, à visão de Gadamer, devido ao suposto objetivo dogmático da teoria, também contribuiu para que a hermenêutica jurídica se separasse do conjunto de uma *teoria da compreensão* (1997, p. 483).

Destarte, leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da *dignidade da pessoa humana* na permanente dialética entre a norma e o fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.

Ignorar a realidade no estudo do Direito é negar a própria ciência jurídica, uma vez que esta não se encerra em um conjunto de regras

e princípios interconectados. O Direito compõe-se de uma *função ordenadora* para formar a estrutura de um todo maior, denominado *estrutura social* ou *realidade normativa* (PERLINGIERI, 2008, p. 170). Nesse sentido, “é indispensável que tanto o direito quanto a sua teorização não percam jamais o sentido da realidade” (AZEVEDO, 1989, p. 54).

Àqueles que acusam essa hermenêutica de arbitrária e frágil por não guardar um método único ou regras que melhor a definam, conferindo-se, assim, maior previsibilidade ao destinatário da norma, responde-se que o Direito não corresponde ao clássico conceito de ciência, assim como a hermenêutica não é o método por esta usado, uma vez que, se assim o fosse, a lei seria, antes da interpretação, destituída de qualquer sentido, significado ou significante, conformando tão somente um objeto, quando, na verdade, ela própria já é fruto de uma dada *compreensão*.

Embora se afirme que o Direito pertence à superestrutura da sociedade, reproduzindo as relações de dominação existentes na história social, inoidável é o fato de que o Direito tem origem plúrima, que não se limita à fonte da qual emanam as leis. Nesse sentido “o direito é estrutura da sociedade, força promocional transformadora, [sendo que] entre direito e ciências sociais não há reprodução mecânica, mas dialética contínua” (PERLINGIERI, 2008, p. 172-173). Assim, o Direito está na sociedade sem nela se esgotar em pura e simples normatividade.

Reconhecer as necessidades do presente e incorporar ao Direito aquilo que a sociedade e a cultura têm para lhe oferecer ainda no plano hermenêutico, independentemente de qualquer apreensão legislativa, conforma, como já dito, um dever de *práxis*, o qual, na atividade do jurista, implica a adequação da lei genérica e abstrata às necessidades do presente e do caso sob análise.

Esse processo hermenêutico de adequação da lei às necessidades hodiernas não se revela arbitrário na filosofia gadameriana porque é pensado no *ser* inserto em um dado *tempo* e *lugar*, o que acaba por circunscrever sua *compreensão* e sua *interpretação* ao conhe-

cimento e ao *reconhecimento* de um sentido vigente (GADAMER, 1997, p. 487). Há, pois, uma intermediação jurídica entre lei e fato presente por um intérprete que não elege arbitrariamente determinado *ponto de vista*, pelo contrário, este já lhe é dado anteriormente (GADAMER, 1997, p. 488). Além do que, as normas de vinculação ética, conforme já explicitado, têm vinculação geral e determinação precisa.

Para Perlingieri, esse ponto de vista, essa *visão de mundo* é um conceito plúrimo, que se apresenta ao sujeito pela sua própria cultura, compreendendo os valores éticos, morais, religiosos e econômicos que decorrem da vida em comunidade, à qual o jurista não será estranho ou indiferente quando aplicar as normas codificadas, uma vez que dela ele não poderá se livrar (2008, p. 197).

Nesse sentido, espera-se que a lei vincule todos por igual, mas, no caso de *aplicação*, de *concretização da lei*, cabe ao juiz a *complementação produtiva do direito* por meio de uma *ponderação justa do conjunto* que lhe foi apresentado (GADAMER, 1997, p. 189).

Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o com base em seus *princípios e valores fundamentais*; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do *ser humano* e de sua *dignidade*.

No tocante à conformação da hermenêutica, filiamo-nos à crítica de Lenio Streck, que propôs a eliminação do “caráter de ferramenta da Constituição” (2000, p. 287), uma vez que esta não é ferramenta, mas verdadeira *constituente*.

A Constituição deixa, assim, de ser vista apenas como um texto legal dotado de maior hierarquia para ser algo mais: passa a ser também um “*modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito*” (BARROSO, 2003, p. 44). Gustavo Tepedino afirma que a hermenêutica civil-constitucional permite o revigoreamento do Direito

Civil, aproximando-o da realidade e, com isso, conferindo-lhe eficácia social (2004, p. 21). Com efeito, em nosso modo de ver, aí se insere a metodologia constitucional do Direito Civil.

7 À GUIA DE COMPREENSÃO

Como a *hermenêutica está para além do puro e simples interpretar*, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema *dialeticamente aberto*, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e à contraprova da realidade.

Desse modo, é possível afirmar que a hermenêutica conforma um *fenômeno interpretativo* enquanto *compreensão do ser*, ou seja, objetivar a hermenêutica e reduzi-la a método interpretativo implica diminuir-lhe a abrangência, limitar-lhe o diálogo para com o texto e, por consequência, tornar-lhe menos dúctil, barrando o seu potencial transformador e emancipatório como *compreensão do próprio sujeito*.

Tendo por pressupostos essas *compreensões*, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto. É assim que a permanente dialética entre a norma e o fato resulta na constante reinvenção e renovação do Direito.

Àqueles que acusam essa hermenêutica de arbitrária e frágil, impende fazer-se três afirmações: a) o Direito não corresponde ao clássico conceito de ciência nem a hermenêutica ao método, uma vez que, se assim o fosse, a lei seria, antes da interpretação, destituída de qualquer sentido, significante ou significado, conformando tão somente um objeto, quando, na verdade, ela própria já é fruto de uma dada *compreensão*; b) o intérprete está inserto em um dado *tempo e lugar*, o que acaba por circunscrever a sua *compreensão* e a sua *interpretação*

ao *conhecimento* e ao *reconhecimento* de um sentido vigente; e c) as regras gerais de comportamento ético, mesmo que não expressas, têm uma determinação precisa e uma vinculação geral.

Reconhecer aquilo que a sociedade e a cultura têm para oferecer ao Direito, o que inclui também o plano hermenêutico, independentemente de qualquer apreensão legislativa, conforma um dever de *práxis*, segundo o qual é necessária a adequação da lei genérica às necessidades do presente e do caso sob análise.

Considerar, assim, o fato um elemento fenomenológico informador do ordenamento jurídico importa reler a própria hermenêutica jurídica — a qual não pode ser vista separadamente de uma *teoria da compreensão*, como se dela diferisse — para que se possa levar em conta não apenas a norma, o que inclui a própria Constituição, mas também a própria *ação* legítima do sujeito concreto como *constituinte* de sua própria personalidade e da história daqueles com quem dialeticamente se relaciona.

É somente por meio da *hermenêutica* como *compreensão* e *ação constitutiva* do próprio sujeito que se alcançará a imperiosa *sensibilidade jurídica* à reinvenção e renovação do Direito, reconhecendo-se as necessidades do presente e conformando-lhe um *modo de olhar* socialmente eficaz.

É nessa via que sustentamos uma principiologia axiológica de índole constitucional, fundada numa dimensão prospectiva da constitucionalização do Direito. São esses alguns dos aspectos que o presente ensaio traz à colação para debate.

NOTAS

1. O autor registra o agradecimento ao pesquisador Felipe Frank, acadêmico de Direito da UFPR, pela contribuição com as pesquisas que encetaram os contornos do presente estudo.

2. DESCARTES, 2011.
3. Para citar o básico: COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva*. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 3.
4. Esses critérios referem-se à hermenêutica enquanto método, o que não é objeto do presente trabalho, entretanto seguem aqui arroladas as diferentes técnicas interpretativas mencionadas por Lenio Streck: “a) remissão aos usos acadêmicos da linguagem (método gramatical); b) apelo ao espírito do legislador (método exegético); c) apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade (método histórico); d) explicitação dos componentes sistemáticos e lógicos do direito positivo (método dogmático); e) análise de outros sistemas jurídicos (método comparativo); f) idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social (método da escola científica francesa); g) análise sistêmica dos fatos (método do positivismo sociológico); h) interpretação a partir da busca da certeza decisória (método da escola do direito livre); i) interpretação a partir dos fins (método teleológico); j) análise lingüística a partir dos contextos de uso (método do positivismo fático); l) compreensão valorativa da conduta através da análise empírico-dialética (egologia); m) produção de conclusões dialéticas a partir de lugares (método tópico-retórico).” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 98.
5. Ibidem, p. 91.
6. BARRETO, 2006. p. 395.
7. LORENZETTI, 1998. p. 80.
8. PERLINGIERI, 2008(b). p. 54.
9. Perlingieri afirma que a força de emancipação da praxe como tal se revela pelo direito material (em oposição ao direito formal), pela supremacia da Constituição material, pelos “atos que têm força de lei”. PERLINGIERI, 2008 (b), p. 55.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. In: *Doxa* n. 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. In: GIANNOTTI, A. J. (Org.). *Os pensadores*. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DESCARTES, René. *Discurso do método – Quarta Parte*. Disponível em: <http://www.espacoetica.com.br/midia/publico/descartes_discursodometodo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?* In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 1977.

———. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Principios del Derecho Civil Contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: propuestas y problematizaciones para un “código de principios”*. Lima: Estudio Muñiz, 2011. (no prelo).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

———. Heidegger e a linguagem. In: ———. *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

———. *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARX, Karl. *Obras Escolhidas – Tomo I*. Lisboa: Avante, 1982.

———. *Teses sobre Feuerbach*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. São Paulo, Companhia das Letras, 1992.

———. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Complexidade e unidade do ordenamento jurídico vigente. In: ———. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008(a).

———. O estudo do direito e a formação do jurista. In: ———. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008(b).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: ———. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL

Tarcísio Henriques Filho

Procurador da República em Minas Gerais.
Mestre em Direito Ambiental.

2 ASPECTOS RELEVANTES DA “OPERABILIDADE” DAS NORMAS JURÍDICAS

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, no dia 10 de janeiro de 2002, muitos autores passaram a buscar a compreensão de suas regras por meio da identificação de seus princípios filosóficos.

Assim, por todos, as considerações do Professor Miguel Reale (apud NADER, 2003, p. 47):

[...] a nova codificação inspirou-se em três princípios filosóficos: o de *socialidade*¹, o de *eticidade*² e o de *operabilidade*³. A trama normativa seria o desenvolvimento de tais princípios fundamentais, que estariam na imediatidade da consciência, secundados, naturalmente, por vários outros de menor generalidade. [grifos do original]

A ideia de operabilidade, adotada no novo Código Civil, se presta como fundamento à aplicação adequada de todas as regras jurídicas, e pode servir para viabilizar uma maior efetividade dos critérios para avaliação das questões submetidas à avaliação dos juristas.

Na exposição de motivos do novo Código Civil, relacionando as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Justiça quando da designação da comissão de juristas que redigiu o projeto inicial, fez-se constar expressamente que uma das *diretrizes* observadas no trabalho foi

[...]

- p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

A partir desta diretriz, se constrói o sentido de operabilidade.

Eis o que diz Reale (apud NADER, 2003, p. 48) sobre o princípio da operabilidade:

[...] por *princípio da operabilidade* considerou a Comissão a necessidade de as disposições alcançarem *realizabilidade*, ou seja, *efetividade*, condição essencial das normas jurídicas que são feitas para serem aplicadas. [grifos do original]

Rosenvald, com propriedade, aponta que a Constituição Federal de 1988 levou à necessidade de se buscar, no âmbito da legislação civil, *referenciais* diferentes daqueles que balizavam o ordenamento jurídico anterior.

Para ele, neste sentido, o novo Código Civil se afastou “dos valores (patrimonialismo e individualismo) que marcaram significativamente” o Código de 1916, abandonando tais valores e estabelecendo “três paradigmas a serem perseguidos: a socialidade, a eticidade e a operabilidade” (ROSENVALD; FARIAS, 2009, p. 19)⁴.

Especificamente sobre a operabilidade, ressaltando a ligação do Código Civil de 1916 com uma “ideologia marcadamente individualista”, que dava enorme preponderância à questão patrimonial, já que ela “apreciava cada integrante de uma relação jurídica como um abstrato sujeito de direitos patrimoniais”, Rosenvald e Farias (2009, p. 27-28) destacam o seguinte:

[...] Não havia João ou Maria, mas o contratante, o proprietário, o cônjuge; todos pessoas neutras e indiferentes, [...]: o Direito Civil ignorava as particularidades de cada pessoa, tratando a todos como se fossem rigorosamente iguais. A norma, enfim, aplicava-se genericamente a quem quer que se titularizasse em uma determinada situação patrimonial.

O Código Civil de 2002 guarda outras pretensões. Afinado com a centralidade do ser humano no ordenamento jurídico constitucional, pretende demonstrar que, de forma subjacente ao indivíduo abstrato dos códigos liberais, existe uma pessoa concreta, [...].

O objetivo atual do ordenamento jurídico é alcançar a pessoa como destinatária direta da norma, verificando-se a ‘ética da situação’, na conhecida acepção de Karl Larenz. As desigualdades materiais e o contexto real da pessoa serão decisivos para que a sentença consiga ‘dar a cada um o que é seu’. [...].

As novas normas perdem em estética, mas ganham em efetividade, pois adquirem o atributo cirúrgico da precisão. O direito não existe para ficar nas alturas das abstrações, mas sim para ser executado, com praticidade.

O Código Civil deseja afastar toda a forma de conceituação estéril, que não revele efetividade. [...].

A diretriz [...] da operabilidade [...] Propugna [...] por rápidas formas de solucionar pretensões, bem como por meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos. [...] o magistrado será um homem do seu tempo e meio. Caberá a ele a valoração do fato, mediante ponderação das características dos seus artistas e a natureza da atividade econômica desempenhada.

Estas palavras dão uma conformação distinta para a operabilidade, mas não negam a importância da diferente e distinta perspectiva dada à norma civil.

De fato, afastando-se da perspectiva anterior, ou seja, aquela patrimonialista e excessivamente individualista, alcançamos ou viabilizamos a aplicabilidade ampliada dos valores constitucionais.

A importância desta consequência, ou seja, a “efetividade” e aplicação das regras jurídicas, é tamanha que é preciso estruturar de modo adequado a compreensão deste princípio.

Os conteúdos jurídicos das regras, e mesmo dos princípios, como são normalmente estipulados nas leis, neste sentido, só teriam “realizabilidade”, só teriam “efetividade”, só produziram os efeitos alme-

jados pelo legislador se seus parâmetros, se seus critérios estiverem suficientemente estruturados em “disposições” “realizáveis”.

De outro modo, como sustentamos, o interesse maior por trás da fixação do sentido de operabilidade se relaciona estritamente à adequada contextualização dos bens e interesses tratados pela disposição jurídica, de modo que eles só se tornam efetivamente tutelados se sua fixação se der de forma a permitir que o administrador ou o próprio operador do direito considere, na aplicação da regra, diante de uma situação concreta, a realidade na qual se encarta a situação de fato posta para seu exame ou avaliação e os efeitos jurídicos desejados pelo legislador.

É este o sentido da ideia de operabilidade.

Especificando melhor esta ideia, Ehrhardt Júnior (2009, p. 104) aduz que os autores do projeto do Código Civil de 2002 se depa-ram com as dificuldades criadas pelo “exacerbado tecnicismo” de alguns institutos jurídicos do Código Civil de 1916.

De forma clara, tais disposições tecnicistas já sinalizavam para a importância da ideia de assegurar a “*realizabilidade*, ou [...], *efetividade*, condição essencial das normas jurídicas que são feitas para serem aplicadas”, como com propriedade leciona Reale, na passagem acima transcrita.

Diante desta constatação, os autores do novo Código Civil, como apontado por Reale, buscaram retirar dos institutos inseridos no novo código este “*tecnicismo*”, ampliando com isto o campo de atuação dos Juízes. Eis o que afirma, sobre a questão, Ehrhardt (2009, p. 104-105):

Para facilitar a adequação da nova codificação aos desafios que envolvem o disciplinamento de questões bioéticas (reprogenética humana, por exemplo) e temas relativos ao direito eletrônico e aos aspectos do mundo digital, evitando que ao longo dos anos seus dispositivos percam eficácia social, fez-se opção por não regular no Código [...] matérias polêmicas

ou de alta complexidade, cuja discussão ainda é incipiente. Com os avanços dos estudos de tais questões, certamente elas serão objeto de um estatuto jurídico próprio.

Anote-se ainda a opção por conformar um sistema lastreado em cláusulas gerais, que permite a constante incorporação de soluções aos novos problemas de uma sociedade em constante mutação e evolução. Alberto Gosson Jorge Júnior esclarece, citando Karl Engisch, que tais dispositivos seriam um contraponto às normas casuísticas, em face da generalidade e abrangência de seus enunciados normativos, que por si sós não propiciam critérios para a determinação de seu significado.

[...] Renzo Gama Soares ressalta que as cláusulas gerais contêm preceitos vagos no antecedente (necessidade, grave dano, obrigação excessivamente onerosa, prestação manifestamente desproporcional...), não apresentando uma solução para o juiz, a quem competirá construir uma solução adequada às peculiaridades do caso concreto. Neste particular, difeririam dos conceitos jurídicos indeterminados, pois nestes casos, quando preenchidos, a solução legal já estaria preestabelecida no próprio dispositivo, já que nesta categoria não exerce o juiz qualquer função criadora.

Tem-se, pois, com as cláusulas gerais um antídoto à tipicidade que tradicionalmente caracteriza as normas casuísticas dos códigos e que ao longo dos anos vêm perdendo sua eficácia social (efetividade). Nas cláusulas gerais, exerce o juiz verdadeira função criadora, pois os conceitos não são apenas vagos no antecedente, mas também no conseqüente do dispositivo normativo. [...]. Esse é o substrato que orienta a atuação dos aplicadores do direito.

O mesmo autor ainda relembra a observação feita pelos doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sobre a importância desta “técnica legislativa”: “a técnica legislativa moderna se dá por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”. (EHRHARDT, 2009, p. 105).

Vale, como síntese do até aqui estabelecido, transcrever a observação de Ehrhardt (2009, p. 104-105) no ponto em que faz a distin-

ção entre as normas “casuísticas” e aquelas estipuladas por cláusulas gerais, e as vantagens desta última opção legislativa: “a opção por conformar um sistema lastreado em cláusulas gerais, [...] permite a constante incorporação de soluções aos novos problemas de uma sociedade em constante mutação e evolução”.

Todas essas considerações estão expressamente inseridas no texto da exposição de motivos do novo Código Civil, elaborado pelo coordenador da comissão de juristas, o já citado Professor Miguel Reale. Vale transcrever as palavras do ilustre professor:

Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela.

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A ‘exigência de concreção’ surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *‘in fieri’*.

Fica evidente aí o sentido atribuído à necessária operabilidade das normas jurídicas.

A partir das considerações feitas, podemos asseverar que a opção antitecnicista acaba por viabilizar a própria efetividade do ordenamento jurídico e assegura sua perfeita sintonia com a evolução social.

Lembrando aqui a lição do Professor Paulo Neves de Carvalho, que em sala de aula afirmava que “o *direito que não serve à vida não serve*”, é mais adequado estruturar a regra por meio de cláusulas abertas, o que permitiria a solução mais efetiva dos problemas sociais submetidos à avaliação dos operadores do direito.

3 A OPERABILIDADE E O ATENDIMENTO DA “FINALIDADE SOCIAL” DA NORMA

Como restou evidenciado, a operabilidade não tem outra feição senão a do escopo social a ser perseguido pelo exegeta, no trabalho necessário de interpretação da norma. Com efeito, já nos idos de 1916 tinha o legislador preocupação com o excesso de tipicidade nas normas jurídicas postas no Código Civil, tanto que fez consignar, na chamada Lei de Introdução ao Código Civil, a necessidade de se buscar, na aplicação da lei, a sua finalidade social.

O Decreto-Lei n. 4.657, de 1942, cuja edição se deu após a entrada em vigor do Código Civil de 1916, destinava-se apenas a estabelecer parâmetros de aplicação do mencionado Código de 1916 e trazia em seu artigo 5º a seguinte disposição normativa: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Com o advento da Constituição de 1988, a nova Ordem Constitucional incorporou inúmeros valores sociais, os quais, guindados ao nível de Direitos Fundamentais, passaram necessariamente a nortear o legislador e os aplicadores do Direito, no sentido de que, em sua missão de informar e conformar o conteúdo dos atos nor-

mativos, considerassem o Direito não só como um instrumento de pacificação social, mas como um instrumento de proteção dos valores sociais, como um instrumento de agregação social, como instrumento de efetiva realização destes valores sociais.

Esse pensamento acabou por fazer realidade normativa o que, com a Carta de 1988, vinha sendo observado na prática.

De fato, a finalidade social e o bem comum, que, no ordenamento infraconstitucional de então, deveriam ser considerados apenas na exegese do Código Civil, passaram a ser parâmetro de observância obrigatória na exegese de todas as normas de Direito com a edição da Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

A Lei n. 12.376/2010, cujo texto alterou a própria ementa do Decreto-Lei n. 4.657/1942, passou a tratá-lo não mais como Lei de Introdução ao Código Civil, mas como Lei de Introdução às Normas do Direito. Com isso, o escopo social, que deveria ser buscado sempre que se pretendesse dar concreticidade às normas privadas, também passou a nortear o exegeta na aplicação de toda e qualquer norma de Direito, legal ou infralegal.

4 FINALIDADE SOCIAL E OPERABILIDADE

Dessa forma, ante as considerações acima, podemos afirmar que a operabilidade, cujo conteúdo não é outro senão o da busca da finalidade social da norma, passou a informar também as autoridades responsáveis pela edição de outras normas, não só as normas que disciplinam as relações privadas.

A ideia de operabilidade, como vimos, viabiliza uma aplicação da norma jurídica mais adequada. Ela assegura contexto mais adequado a partir do qual seu aplicador possa considerar a realidade do caso concreto no momento da aplicação da lei.

Podemos fundamentar esta afirmação também na Constituição Federal.

De fato, a própria Constituição Federal reconhece a diferença de realidade econômica entre as várias regiões da República Federativa do Brasil, e dispõe, em capítulo reservado ao tratamento da Ordem Econômica, especificadamente no seu artigo 174, § 1º, que *“a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”*[grifo nosso].

A mesma ideia se vê normativamente materializada no artigo 3º, III, da Carta da República, cujo dispositivo prevê como objetivo da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades regionais.

Note-se que a Constituição Federal, ao gravar a República Federativa do Brasil com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais, ampliou o espectro normativo do artigo 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942, de modo a não considerar apenas o juiz como destinatário da letra desse dispositivo mas também o próprio administrador e os demais aplicadores do direito. Para além, devem também o próprio legislador e o administrador público ter como norte de aplicação da norma o interesse social e o bem comum, o que iniludivelmente traz ínsito o escopo da promoção da igualdade substancial posto no artigo 3º, III, da Constituição Federal, e respeita o sentido jurídico do princípio da operabilidade.

Parece-nos incompatível com a ideia de se dispensar tratamento desigual a realidades economicamente desiguais que, para espaços sociais que ostentem grandes diferenças econômicas, sejam dadas às disposições normativas, no momento da aplicação das regras jurídicas, sentidos semelhantes.

Como sustentamos, no momento da precisão do sentido da norma jurídica deve o aplicador se atentar para a operabilidade da lei, de

modo a alcançar uma sintonia mais fina e efetiva com os interesses sociais que levaram à normatização dos fatos sociais.

No caso da disposição constitucional do art. 3º, inciso III, verdadeiramente não se alcançaria o escopo de redução das desigualdades se não se considerassem as desigualdades entre as realidades distintas e as efetivas condições socioeconômicas dessas regiões.

É, pois, mais adequado estruturar as disposições normativas através de disposições estruturadas sob a forma de cláusulas gerais, cuja redação permita ao administrador avaliar as especificidades de cada espaço posto para a sua apreciação, de modo a permitir uma mais adequada efetividade da disposição legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de uma dada situação concreta, apresentada ou promovida uma ação judicial, mais do que valorar o próprio fato litigioso, os operadores do direito devem valorar a norma jurídica.

Há muito ultrapassamos o período histórico em que formalizadamente se atribuía efeito às disposições legais.

Há muito deixamos para trás a aplicação avaliativa e automática da regra. Tornou-se, em virtude até mesmo do desenvolvimento da própria sociedade, importante vincular a aplicação da lei a uma nova perspectiva, na qual se possa extrair toda a desejada efetividade das disposições legais.

Por isso, sustentamos, com Reale, o necessário trabalho interpretativo de busca da *“realizabilidade, ou [...], efetividade”* das normas jurídicas, o que só se pode alcançar com o emprego de uma nova perspectiva do direito, como estruturado e conformado com nova legislação civil.

NOTAS

1. Este princípio, segundo REALE, importa no acolhimento da “prevalência do coletivo sobre o individual”, sendo “o sentido social [...] uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona[va] o Código Civil” anterior (apud NADER, 2003, p. 47).
2. A aplicação desse princípio levou à rejeição “[d]o exagerado formalismo do Código de 1916, que disciplinava as matérias apenas com regras expressas, não recorrendo senão eventualmente aos princípios de boa-fé, equidade, justa causa. Com a nova ordem, a pretensão é a de conferir maior poder ao juiz de fundar a sua decisão em valores éticos” (ibid., p. 47).
3. O sentido desse princípio é o objetivo principal deste artigo.
4. Sobre os dois primeiros paradigmas, os autores aduzem, sobre a socialidade, o seguinte: “[...] os ordenamentos jurídicos posteriores à Segunda Guerra Mundial perceberam que a todo o direito subjetivo deverá necessariamente corresponder uma função social. [...] O ordenamento [...] concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas coletivas que lhe rodeiam. Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade [...]. Todo poder é concedido para a satisfação de um dever. [...] Em suma, pode-se abstrair e encontrar o paradigma da socialidade na atuação irretocável de uma orquestra. Cada membro da orquestra porta o seu instrumento, cada qual com uma finalidade. O maestro deverá reger sem a vaidade de sobrepor-se aos músicos, mas apenas para encaminhar a perfeita execução da harmonia, cujos limites encontram-se na partitura. Traduzindo: o Estado está a serviço da pessoa, ele existe para possibilitar as nossas relações, através da construção de princípios jurídicos éticos. Em contrapartida, cada uma de nós deverá atuar em solidariedade e cooperação com os semelhantes. [...] A socialidade, ou função (fim) social, consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes de cada relação jurídica, bem como entre eles e a sociedade, com o propósito de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica. Exemplos de socialidade podem ser percebidos no Código Civil de 2002 nos arts. 421 (função social do contrato) e 1.228 (função social da propriedade), [...]” (ROSENVALD; FARIAS, 2009, p. 19-23). Sobre a eticidade, os mesmos autores asseveram que, por não se poder “restringir o Direito àquilo que for prescrito pelo legislador”, como pretendiam os positivistas, devemos reconhecer que “o Direito é uma técnica a serviço de uma ética”. A eticidade penetra assim a legislação civil “através de técnicas das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em

um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato” e isso “permite que os valores sedimentados na sociedade possam penetrar no Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico mantenha a sua eficácia social e possa solucionar problemas inexistentes ao tempo da edição do Código Civil” (op. cit., p. 24-26). O sentido do terceiro paradigma, ou seja, a operabilidade, encontra-se mencionado no texto.

REFERÊNCIAS

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Direito civil* — LICC e parte geral. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil* — Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil — teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O DANO MORAL COLETIVO E A SUA REPARAÇÃO

Xisto Tiago de Medeiros Neto

Procurador Regional do Trabalho, Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Público e em Direito do Trabalho.
Professor da UFRN (graduação e pós-graduação) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

É evidente que, em face de novos interesses reconhecidos juridicamente, a destacar-se os de expressão coletiva, por força da crescente escala de ampliação dos direitos fundamentais, tiveram realce, por consequência, e correspondentemente, novas demandas e áreas de conflituosidade.

Portanto, ante a efervescência desses novos interesses transindividuais e da correlata visualização de inéditos e graves conflitos sociais, inequivocamente *novas configurações de danos injustos* passaram a ter relevância. As coletividades de pessoas, como titulares desses direitos, alcançaram a possibilidade de, por meios próprios, especialmente no plano processual, reivindicar proteção e tutela jurídica, principalmente no que tange à reparação das lesões verificadas, o que traduz, de maneira clara, a vocação expansiva do sistema de responsabilidade civil.

O dano, dessa maneira, antes referido a pessoas físicas e jurídicas, veio a ser reconhecido também em face de grupos, categorias, classes de pessoas ou mesmo de *toda a coletividade*, aos quais o ordenamento jurídico, explicitamente, em sua atual estruturação, conferiu a titularidade de direitos e, em decorrência, a prerrogativa jurídica de obter a sua proteção judicial.

Com efeito, possibilitou-se a reparação de danos injustos infligidos a direitos reconhecidos à *coletividade*, em suas mais variadas configurações; reconheceu-se, em outro prisma, a obrigação jurídica de se reparar lesões a bens titularizados por *coletividades de pessoas*.

Fez-se imprescindível, assim, estabelecer a reação e a resposta eficaz do sistema jurídico decorrentes de situações reveladoras de condutas que configuram lesão injusta a interesses juridicamente protegidos, de natureza extrapatrimonial (como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, a saúde, a educação, a probidade administrativa, a equidade nas relações de consumo, as condições dignas de trabalho), todos eles titularizados por coletividades, em suas expressões possíveis (grupos, categorias, classes de pessoas ou toda a comunidade).

No âmbito da responsabilidade civil, portanto, passaram a ter expressiva relevância jurídica a tutela e a reparação da categoria denominada, em nosso sistema jurídico, de *dano moral coletivo*.

2 CARACTERIZAÇÃO

Em nossa realidade, duas ordens principais de fatores, igualmente relevantes, propiciaram a proteção jurídica a interesses titularizados por coletividades de pessoas e caracterizados pela natureza extrapatrimonial.

A *primeira* delas identifica-se com o movimento de abertura do sistema jurídico visando à *plena proteção* aos direitos inerentes à personalidade e também referidos à dignidade humana, em todo o alcance possível, a propiciar o surgimento de novos campos de tutela, a exemplo do reconhecimento do *dano moral objetivo*, abarcando, inclusive, a esfera extrapatrimonial peculiar às pessoas jurídicas, nas hipóteses de ferimento ao direito do nome, à consideração e à reputação social.

O *segundo* aspecto estampa-se no fenômeno da *coletivização do direito*, com o reconhecimento e a tutela de direitos coletivos e difusos, que é fruto de uma sociedade de massas, de relações e conflitos multiformes e amplificados no universo social, geradores de interesses próprios atinentes a coletividades de pessoas, exigindo uma estrutura jurídica material e processual adequada à sua defesa.

Assim, a forma de organização da sociedade e o seu desenvolvimento resultaram no reconhecimento de valores e interesses compartilhados pela coletividade (em toda a sua extensão, ou representada por segmentos menores: grupos, categorias ou classes de pessoas), cuja tutela, pela relevância social e imprescindibilidade, passou a ser legítima e juridicamente aceita e possível de reivindicação perante a Justiça.

Nessa linha, é acertado dizer que certas condutas antijurídicas atingem injustamente interesses de relevância social titularizados por certas coletividades, de maneira suficiente a produzir, necessariamente, a reação do sistema jurídico quanto à repressão e ao sancionamento de tais atos. É o que se verifica, por exemplo, nos casos de violação ao direito à preservação do meio ambiente sadio, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à garantia da moralidade pública, ao equilíbrio e à equidade nas relações de consumo, à transparência e à honestidade nas manifestações publicitárias, à justiça e à boa-fé nas relações de trabalho, à não discriminação das minorias, ao respeito às diferenças de gênero, raça e religião, à consideração e à proteção aos grupos de pessoas com deficiência ou com enfermidades, de crianças e adolescentes e de idosos.

Esses direitos, protegidos pelo ordenamento jurídico, inegavelmente inserem-se na órbita dos interesses e valores *extrapatrimoniais* reconhecidos a uma coletividade. E, sendo assim, qualquer lesão injusta a eles infligida, dada a sua indubitosa relevância social, impõe desencadear-se a reação do ordenamento jurídico, no plano da responsabilização, mediante a forma específica de reparação do dano ocorrido.

Afirma-se, então, que o reconhecimento do *dano moral coletivo* e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, na atualidade, do sistema da responsabilidade civil, em seus contínuos desdobramentos, a significar a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual. São direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade, que lhes são próprios, e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros.

Resta evidente, com efeito, que, toda vez em que se vislumbrar o ferimento a interesse não patrimonial, do qual é titular determinada coletividade (em maior ou menor extensão), configurar-se-á dano passível de reparação, sob a forma adequada a esta realidade jurídica peculiar aos direitos transindividuais, que se traduz em condenação pecuniária arbitrada judicialmente, reversível a fundo específico, com o objetivo de *restituição dos bens lesados*.

É bem verdade, anote-se, que nesses casos de danos coletivos não se pode ignorar a recorrente presença de efeitos negativos que o ato lesivo porventura venha a produzir, em relação a determinadas coletividades de pessoas atingidas, apreendidos em dimensão subjetiva, como a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, entre outras reações.

Todavia, é de absoluta importância ressaltar que a caracterização do dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou à demonstração efetiva de tais efeitos negativos, visto que constituem eles, quando perceptíveis coletivamente, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como *pressuposto* para a sua configuração.

Invocando-se a lição da doutrina, tem-se que “a desvinculação da dor física e psíquica do conceito de dano moral possibilita a construção teórica da noção de dano moral coletivo, que se caracteriza pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, considerados em sua dimensão coletiva” (ANDRADE, 2006, p. 171).

É esse um aspecto relevantíssimo no estudo do dano moral coletivo, a colocar em destaque a racionalidade e o modelo teórico inerentes à compreensão adequada da matéria, que, saliente-se, firma-se nos domínios próprios do sistema de tutela jurídica dos direitos transindividuais, a afastar-se, em muitos pontos substanciais, do regime inerente ao dano moral individual. Nessa seara, pois, incorrerá em equívoco grosseiro quem buscar definições e respostas à luz exclusiva das regras regentes das relações privadas individuais, ancorando-se nos conceitos e na lógica peculiares à concepção teórico-jurídica do dano pessoal.

A concepção atualizada do dano moral há muito superou a significação anteriormente restritiva, de viés semântico, subordinada ao plano subjetivo da *dor* ou do *sofrimento*, posição que resistiu por longo tempo vinculada à esfera da possibilidade de reparação das lesões individuais.

Por isso mesmo, a adequada compreensão do *dano moral coletivo* não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de ele-

mentos como perturbação, aflição, constrangimento ou transtorno coletivo. Estabelece-se, sim, a sua concepção, de maneira objetiva, dizendo respeito ao fato que reflete uma violação intolerável de direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial. Essa violação, com efeito, não podendo ser tolerada ou contemporizada em um sistema de justiça social ínsito ao regime democrático, rendeu ensejo à previsão, no ordenamento jurídico, do meio e da forma necessária e adequada a proporcionar uma reparação devida, de maneira a sancionar o ofensor e inibir condutas ofensivas a tais direitos transindividuais, pela relevância da sua proteção para a sociedade.

Ademais, de acordo com o que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos¹.

No palco jurisprudencial, anota-se que se consolidaram, hoje, em todas as instâncias, o reconhecimento do *dano moral coletivo* e a imprescindibilidade de sua reparação, nas variadas áreas de identificação dos interesses transindividuais, como exigência constitucional do regime de responsabilidade civil, por força da sua ampliação à tutela dos danos coletivos, expressão marcante dos novos foros e exigências dos princípios da reparação integral e da justiça social.

E, como exemplos dessa elogiável postura, invocam-se as decisões paradigmas a seguir indicadas, proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Superior Tribunal de Justiça, em situações de violação a direitos transindividuais nas quais se identificou a caracterização do *dano moral coletivo*:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO OBRIGAÇÃO NEGATIVA. OFENSA AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE MÃO DE OBRA PARA SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. A reparação por dano moral coletivo visa a inibição de conduta ilícita da empresa e atua como caráter pedagógico. A ação civil pública buscou reverter o comportamento da empresa, com o fim de coibir a contratação ilícita de mão de obra para serviços ligados

a atividade-fim, por empresa interposta, no ramo da construção, para prevenir lesão a direitos fundamentais constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que atinge a coletividade como um todo, e possibilita a aplicação de multa a ser revertida ao FAT, com o fim de coibir a prática e reparar perante a sociedade a conduta da empresa, servindo como elemento pedagógico de punição.^{2,3}

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE. PASSE LIVRE. IDOSOS. DANO MORAL COLETIVO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOR E DE SOFRIMENTO. APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL. CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE. ART. 39, § 1º, DO ESTATUTO DO IDOSO. LEI 10741/2003.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.
2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.
3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo de benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quanto o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º, exige apenas a apresentação de documento de identidade.
4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.^{4,5}

Em suma, com base nos elementos doutrinários indicados e na abordagem conferida pela jurisprudência, pode-se elencar como pressupostos necessários à configuração do dano moral coletivo, de maneira a ensejar a sua respectiva reparação, a) a conduta antijurídica ativa ou omissiva do agente, pessoa física ou jurídica; b) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (grupo, categoria, classe de pessoas ou toda a comunidade); c) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; d) o nexo causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo ou difuso.

3 CONCEITO

À vista de todos os aspectos enfocados no plano da caracterização do dano moral coletivo, autoriza-se, pois, empreender-se a formulação do seu conceito. Nesse passo, adota-se, pela sua pertinência, o critério objetivo para a conceituação do dano moral coletivo, qual seja a observação direta de lesão intolerável a direitos transindividuais titularizados por uma determinada coletividade, desvinculando-se, assim, a sua configuração da obrigatoria presença e da constatação de qualquer elemento referido a efeitos negativos, próprios da esfera da subjetividade, que venham a ser eventualmente apreendidos no plano coletivo (sentimento de desprezo; diminuição da estima; sensação de desvalor, de repulsa, de inferioridade, de menosprezo etc.).

Assim, em conceito atento às linhas atuais de fundamentação da teoria da responsabilidade civil, em especial à abertura de compreensão que, nesta seara, deve guardar a busca de uma definição, entende-se que *o dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extra-patrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico.*

4 FUNDAMENTO LEGAL

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, descortinou-se um novo horizonte quanto à tutela dos danos morais, particularmente no que tange à sua feição coletiva. É o que se observa em face da adoção do princípio fundamental da *reparação integral* (art. 5º, V e X) — reafirmando a primazia da tutela jurídica em toda a extensão e alcance dos danos — e também diante do direcionamento do amparo jurídico à esfera dos *interesses transindividuais*, valorizando-se,

pois, destacadamente, a um só tempo, os direitos de natureza coletiva (vejam-se os arts. 6º, 7º, 194, 196, 205, 215, 220, 225 e 227) e os instrumentos próprios à sua tutela (art. 5º, LXX e LXXIII, e art. 129, III).

É certo afirmar, portanto, que o reconhecimento do *dano moral coletivo* e a possibilidade de sua reparação alcançaram, indiscutivelmente, fundamento e respaldo constitucional.

Em seguida, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078/1990, sedimentou-se, de maneira explícita, no plano infraconstitucional, a base legal para a tutela efetiva do *dano moral coletivo*. Isso se deu pelos seguintes principais motivos: a) em razão do art. 110 desse Código, que acresceu o inciso IV ao art. 1º da Lei de Ação Civil Pública (LACP), estendendo a utilização dessa ação a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, por iniciativa de qualquer dos entes legitimados; b) à vista do parágrafo único do art. 2º do CDC, que equiparou ao consumidor a “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis”, para efeito da sua proteção nas relações em que intervier, reconhecendo-se, legalmente, à coletividade, como ente despersonalizado, a condição de titular de direitos, da mesma forma que o consumidor individualmente considerado, pessoa física ou jurídica⁶; c) por força da clareza da redação dos incisos VI e VII do art. 6º desse Estatuto do Consumidor, erigindo como direitos básicos (VI) a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, e (VII) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou à reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 8.884/1994, conhecida como Lei Antitruste — que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica —, introduziu-se alteração no *caput* do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, para o fim de se incluir no texto legal, explicitamente, as expressões *danos morais e patrimoniais*, não mais havendo margem, pela própria literalidade do dispositivo, para qualquer argumento contrário ao reconhecimento normativo da possibilidade de reparação do *dano moral coletivo*, e

também reforçando-se a abrangência, a extensão e o universo de possibilidades das demandas coletivas⁷.

Evidenciou-se, pois, a certeza de que a coletividade, em qualquer de suas expressões, é titular de interesses e direitos de natureza extrapatrimonial — reconhecidos e amparados pelo sistema jurídico —, passíveis de defesa pelos instrumentos processuais adequados à tutela jurisdicional peculiar a essa seara coletiva, por excelência a ação civil pública.

5 PROVA

O dano moral coletivo, como se pode inferir, é observado *in re ipsa*, quer dizer, faz-se perceptível e se verifica em decorrência da conduta ilícita, que viola de maneira intolerável interesses de natureza transindividual. Nesse sentido, não se cogita de prova do prejuízo para a configuração do dano moral coletivo, considerando que o dano se evidencia da ocorrência do próprio fato da violação — este sim (o fato em si) passível de comprovação.

A certeza do dano emerge objetiva e diretamente do evento causador (*ipso facto*), o que se faz compreensível nos domínios da lógica. É que não se pode pretender provar eventuais efeitos da violação (aspectos como insegurança, transtorno ou abalo coletivo), uma vez que esses são consequências que têm realidade apreendida com base no senso comum. Além disso, é importante ressaltar que a percepção desses efeitos negativos pela coletividade não constitui requisito obrigatório para ensejar a responsabilização e a condenação do agente ao pagamento da parcela correspondente à reparação.

Representa, assim, um verdadeiro contrassenso a tentativa de se buscar a comprovação do dano moral coletivo em si mesmo, pela revelação de sensações ou reações negativas auscultadas no universo interior de determinada coletividade. Esse dano, reitera-se, pela sua natureza, é observado imediatamente em face da verifi-

cação da conduta ilícita, ofensiva, por si, a valores e interesses jurídicos da coletividade. Daí porque, explicita-se, a demonstração do dano moral coletivo não enseja prova direta — pela sua própria inviabilidade —, sendo suficiente a observação da ocorrência do fato concretizado. Dessa maneira, efeitos como a sensação de ultraje, insegurança, menosprezo ou indignação identificada, eventualmente, no universo da coletividade, em razão da ocorrência de um fato ilícito, não são nem poderiam ser objeto de prova.

Observa-se, pois, que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo a prova da existência de condutas antijurídicas que lesam, significativamente, por exemplo, o meio ambiente, o patrimônio público e cultural, as categorias de consumidores, as classes e os grupos de trabalhadores, de pessoas com deficiência, de idosos, de crianças e adolescentes, de integrantes de determinada religião, faixa etária ou opção sexual.

O sistema jurídico, assim, exige apenas a prova da ocorrência da conduta danosa, diante da certeza que emerge de que certos fatos atingem e lesionam, pela própria existência, a esfera dos interesses coletivos, referidos a bens e valores de conteúdo extrapatrimonial, e inerentes, por exemplo, a grupos, classes ou categorias de pessoas. Noutras palavras, quando provado o fato, que atinge de forma intolerável e significativa direitos coletivos (*lato sensu*), restará evidenciado o dano moral coletivo.

O Superior Tribunal de Justiça mantém remansosa jurisprudência nessa linha de entendimento, sempre a afirmar que a presunção de existência do dano moral decorre *in re ipsa*, bastando a constatação do ato ilícito para concretizar o direito à reparação, e que, assim, “na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto”⁸.

Em igual direção segue o Tribunal Superior do Trabalho, ao decidir que “a ofensa a direitos transindividuais, que demanda recomposição, se traduz, objetivamente, na lesão intolerável à ordem jurídica,

que é patrimônio jurídico de toda a coletividade, de modo que sua configuração independe de lesão subjetiva a cada um dos componentes da coletividade ou mesmo da verificação de um sentimento coletivo de desprezo ou repulsa, ou seja, de uma repercussão subjetiva específica”, importando apenas observar, no caso concreto, “a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica”, uma vez que a coletividade “é tida por moralmente ofendida a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica”⁹.

6 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

É importante destacar, de forma exemplificativa, algumas hipóteses específicas - e hoje muito recorrentes - em que se observam condutas que geram, indubitavelmente, dano moral coletivo, cuja certeza nasce concomitantemente com a própria ocorrência do fato lesivo. Reitere-se que a adequada concepção do *dano moral coletivo* não se vincula aos elementos e à racionalidade que informam a responsabilidade civil nas relações de cunho individual e privado. Eis as hipóteses selecionadas pelo critério da maior incidência:

- a. veiculação de publicidade enganosa prejudicial aos consumidores;
- b. comercialização fraudulenta de gêneros alimentícios, com risco à saúde da população;
- c. sonegação de medicamentos e outros produtos essenciais, com vistas a forçar o aumento do seu preço;
- d. fabricação defeituosa de produtos e sua comercialização, em detrimento da população consumidora;
- e. monopolização ou manipulação abusiva de informações, atividades ou serviços, em violação aos interesses da coletividade;

- f. destruição ou depredação de bem ambiental, comprometendo o equilíbrio do sistema e gerando consequências nefastas ao bem-estar, à saúde ou à qualidade de vida da comunidade;
- g. divulgação de informações ofensivas à honra, à imagem ou à consideração social de certas comunidades ou categorias de pessoas;
- h. discriminação em relação ao gênero, à idade, à opção sexual, à nacionalidade, às pessoas com deficiência e ou enfermas, ou aos integrantes de determinada classe social, religião ou etnia;
- i. dilapidação e utilização indevida do patrimônio e de verbas públicas, além da prática de atos de improbidade administrativa com repercussão social;
- j. deterioração do patrimônio cultural da comunidade;
- k. deficiências, abusos ou irregularidades injustificáveis e intoleráveis na prestação de serviços privados e públicos (p. ex., transporte coletivo, limpeza urbana, telecomunicações, assistência à saúde, educação, crédito e financiamento, seguro, habitação);
- l. exploração do trabalho de crianças e adolescentes, em violação ao princípio constitucional da dignidade humana e da proteção integral;
- m. submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condição análoga à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida;
- n. manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, em prejuízo à integridade psicofísica dos trabalhadores;
- o. prática de discriminação, abuso de poder e assédio moral ou sexual em detrimento dos trabalhadores;
- p. submissão de trabalhadores a situações indignas, humilhantes

e vexatórias, como forma de indução para cumprimento de metas de produção ou vendas;

- q. terceirização ilícita de mão de obra, por meio de empresas interpostas, cooperativas, associações, organizações não governamentais ou outras entidades públicas ou privadas, em violação ao ordenamento jurídico-laboral, no objetivo de diminuição de custos, ou mesmo de burlar o cumprimento de direitos trabalhistas;
- r. contratação irregular de trabalhadores pela administração pública direta ou indireta, sem submissão a concurso público, em violação ao estatuto constitucional;
- s. uso de fraude, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas ou obter vantagens indevidas;
- t. criação de obstáculos e ardis para o exercício da liberdade associativa e sindical, e uso de ameaça e intimidação aos trabalhadores.

Em todos esses casos, fácil é concluir, produz-se concretamente lesão significativa a interesses jurídicos extrapatrimoniais ínsitos a cada uma das coletividades ou grupos afetados, ou à própria sociedade considerada como um todo, circunstância emergente do próprio fato ilícito, de responsabilidade do lesante, a merecer a devida e imprescindível reparação.

7 REPARAÇÃO

7.1 Noções essenciais

É inegável a importância, para a sociedade, da previsão legal e da certeza quanto a uma condenação efetiva do responsável pela violação intolerável infligida a interesses transindividuais, referidos a valores e bens fundamentais de uma dada coletividade, à luz do imperativo constitucional de proteção e tutela a tais direitos.

Daí porque, diferentemente da lógica da reparação do dano individual, em relação aos danos coletivos e difusos enseja-se um tratamento próprio, específico, no plano da responsabilização do agente causador, seja quanto à forma pertinente ao procedimento reparatório, seja em relação à função e aos objetivos jurídicos almejados.

Verifica-se facilmente que condutas lesivas a direitos transindividuais, refletindo significativo grau de reprovabilidade social e efeitos danosos à coletividade, deixariam os seus autores isentos de uma responsabilização adequada, em que pesem o proveito e as vantagens obtidas com o ilícito, o que seria uma demonstração inaceitável da vulnerabilidade e da inaptidão do sistema jurídico.

Foi exatamente visando impedir o prevalecimento dessas hipóteses absurdas e injustas que se estruturou legalmente o mecanismo de condenação do ofensor em uma parcela pecuniária significativa, de maneira a atender, preponderantemente, à finalidade sancionatória, e também preventiva, que informa esse tipo especial de responsabilidade civil, no campo dos direitos coletivos (*lato sensu*).

Assim, a condenação consistente na imposição de uma parcela pecuniária ao ofensor corresponde à forma de resposta e responsabilização concebida pelo sistema jurídico, equivalente ao que se convencionou chamar de *reparação* em sede de dano moral coletivo, e que constitui uma espécie de *indenização punitiva*.

Não se trata, por lógico, de uma reparação típica, nos moldes do que se observa em relação aos danos individuais, uma vez que a função e o objetivo da condenação aqui versada afastam-se das linhas básicas que caracterizam o modelo de reparação dos danos pessoais. Está-se a cuidar de uma modalidade peculiar de *resposta possível e eficaz do sistema jurídico*, imprescindível à garantia da sua própria respeitabilidade, e que é direcionada ao ofensor, em face da violação inaceitável de direitos coletivos de natureza extrapatrimonial.

Portanto, o que se concebe como *reparação* de dano moral coletivo constitui uma espécie de reação jurídica necessária diante

da intolerável lesão de direitos transindividuais, guardando especificidade e congruência com a racionalidade inerente à tutela desses interesses.

A relevância da previsão legal dessa reparação (arts. 1º, *caput*, e 13, da Lei n. 7.347/1985) é facilmente enxergada quando se defronta com as hipóteses de violação grave a direitos coletivos e difusos, e se constata que o simples *cessar da conduta danosa ilícita* ou o *cumprimento, a partir de um dado momento, da obrigação legal até então descuidada* deixaria, no rastro do tempo em que se deu a violação, *impune* o agente ofensor, sem qualquer meio hábil que pudesse responsabilizá-lo pela lesão já configurada, ante as consequências e os efeitos deletérios e prejudiciais até então gerados — na maior parte das vezes de maneira irreversível —, e o proveito obtido com a violação, em detrimento dos bens e valores atingidos, titularizados pela coletividade (meio ambiente, segurança e saúde dos consumidores e trabalhadores, patrimônio cultural e histórico, patrimônio público, ordem urbanística, ordem econômica, dignidade de grupo ou categoria de trabalhadores etc.).

No máximo, saliente-se, haveria, em face do lesante, a possibilidade de eventuais ações individuais, fragmentadas, caso indenizações por danos pessoais viessem a ser postuladas judicialmente. E mais: em tais hipóteses, a ausência ou mesmo a não admissão de uma forma própria de *reparação* representaria fator de incentivo à prática de condutas gravosas e inconcebíveis juridicamente, em que o ofensor auferia absurda e injusta vantagem pessoal ou econômica, diante da ilicitude perpetrada, lesionando valores e bens fundamentais da coletividade.

Essa realidade traduziria, também, um estado de indignação e descrédito da coletividade para com o sistema jurídico, e até mesmo em relação à própria organização estatal, refletindo-se prejudicialmente na esfera da segurança e da estabilidade social. É isso, por exemplo, o que se visualizaria nos casos de exploração de trabalho escravo e de crianças, de destruição ou deterioração de bem ambiental ou histórico-cultural em proveito de interesse individual, de fraude e discriminação nas relações de trabalho e de consumo.

É de se realçar, incisivamente, que, nessas situações que envolvem interesses e direitos transindividuais, apenas exigir do ofensor o ajustamento da sua conduta aos ditames legais — algumas vezes, se for possível, apenas seguido da simples indenização pelos danos materiais verificados —, refletiria, no plano da responsabilização, uma resposta débil, sem força dissuasiva alguma ou sancionatória, não bastante para obstar novas violações, dada a desproporção entre a gravidade do ilícito, o proveito obtido pelo autor com a sua prática e a reação insuficiente e frágil do sistema jurídico, a constituir até mesmo fator de estímulo para o violador da lei.

Isso implicaria, pode-se mesmo dizer, o fenômeno do *esvaziamento ético* do sistema de responsabilidade civil, revelando a perda do seu norte de justiça e dos seus objetivos de pacificação e equilíbrio social.

Dessa maneira, toda lesão intolerável ocasionada a bens e interesses de latitude coletiva, cuja essência seja extrapatrimonial, impõe uma espécie de *reparação* adequada e eficaz a essa peculiar modalidade de danos, que se efetiva sob a forma de uma condenação em dinheiro imposta ao ofensor, em valor que reflita o caráter sancionatório e pedagógico orientado pelo sistema de tutela transindividual. E assim ocorre como imperativo da evolução da teoria da responsabilidade civil plasmada no Direito brasileiro, que, em sua concepção atual, de alicerce constitucional, pauta-se pelo princípio da ampla e integral tutela dos direitos transindividuais.

Deve ser salientada, outrossim, a importância da compreensão da matéria no âmbito do universo peculiar dos direitos tipicamente *coletivos* e da especificidade da reparação do *dano extrapatrimonial* nessa seara, não se concebendo, pois, em nenhuma hipótese, restar impune a conduta ilícita praticada, à míngua de qualquer sancionamento ao ofensor ou resposta justa à coletividade afetada, a gerar descrédito e menoscabo ao ordenamento jurídico, por força da violação havida, que projeta efeitos danosos à própria sociedade.

Por isso, é importante repisar, ganha indubitável relevo para o sistema jurídico a garantia de uma condenação em face do dano moral

coletivo, nas hipóteses em que apenas a imposição judicial de uma abstenção (*não fazer*), para cessar a conduta danosa, ou mesmo de realização de algo previsto em lei (*fazer*) traria para o ofensor uma situação de evidente conforto e favorecimento, tendo-se em conta as consequências danosas observadas em decorrência da violação a interesses e valores de maior expressão na órbita social, se resultasse somente a mera imposição daquelas medidas de conduta.

Na verdade, há condutas antijurídicas lesivas a certas coletividades ou grupos que, ao mesmo tempo, diante do grau de ilicitude de que se revestem, projetam efeitos danosos à própria sociedade, assim vista como comunidade organizada, dotada de valores essenciais que a moldam e lhe dão sustentação, além de atentar contra o próprio sistema jurídico e seus princípios informadores.

Não é admissível, em suma, que o autor da conduta ilícita, diante do sistema jurídico — e da lógica de equidade, justiça e razoabilidade que o orienta —, possa haurir proveito dessas ações ou omissões lesivas à coletividade ou a determinados grupos de pessoas, delas se enriquecendo patrimonialmente ou auferindo situações de vantagem. Se assim ocorresse, quebrar-se-ia toda a estrutura principiológica que informa e legitima o ordenamento jurídico, resultando no rompimento da viga mestra que dá suporte à responsabilidade civil, exatamente refletida em uma legítima *reação*, pertinente e eficaz, diante da conduta ilícita danosa, de molde a tornar não estimulante ou compensadora para o agente e outros potenciais violadores a reiteração da prática condenada.

A resposta do sistema jurídico não pode, em absoluto, apresentar-se de maneira compassiva, proporcionando *conforto* ou *ânimo* para o agente violador. É absolutamente ilógico e inconcebível admitir-se a ocorrência de hipótese em que violar direitos e infligir danos, em matéria de interesses fundamentais de expressão coletiva, possa gerar alguma espécie de benefício para o lesante, de um lado, ou de incentivo para terceiros, de outro. O sistema jurídico (e os respectivos órgãos de justiça, que o interpretam e aplicam as suas normas) que venha a condescender com essa absurda distorção estará deruindo em suas próprias bases e seus princípios.

Destarte, faz-se evidente, à luz da mais simples concepção de justiça, no âmbito de uma sociedade organizada sob o signo da ordem democrática, que deva ser legitimamente direcionada ao agente ofensor uma condenação pecuniária adequada, no sentido de lhe fazer sentir a intolerabilidade manifestada pelo sistema diante da conduta adotada, e dissuadi-lo — e a terceiros — quanto a novas práticas ilícitas.

É imperioso, pois, que o lesante apreenda, pela imposição da parcela pecuniária fixada judicialmente, a força da reprovação social e dos efeitos deletérios decorrentes da sua conduta. Somente assim é que se poderá atender ao anseio de justiça que deflui do seio da coletividade; somente assim é que se possibilitará recompor o equilíbrio social rompido; somente assim a conduta violadora de direitos essenciais da coletividade não será compensadora para o ofensor; e somente assim haverá desestímulo, no universo social, quanto à repetição de condutas de tal jaez, para o bem de toda a coletividade.

Em síntese, a lesão a interesses coletivos, à vista do nosso ordenamento jurídico, enseja reação e resposta equivalentes a uma reparação adequada à tutela almejada, traduzida essencialmente por uma condenação pecuniária, a ser arbitradas pelo juiz — orientado pela função sancionatória e pedagógica dessa responsabilização —, a qual terá destinação específica em prol da coletividade.

7.2 A preponderância da função sancionatória

À vista das características próprias do dano moral coletivo, a condenação pecuniária — prevista como o equivalente a uma espécie de *reparação* ou *indenização punitiva* — apresenta natureza preponderantemente *sancionatória*, em relação ao ofensor, com pretensão dissuasória, também, diante de terceiros, a realçar a nota preventiva da responsabilização.

Essa condenação afasta-se, portanto, da função típica que prevalece na seara dos danos morais individuais, em que se confere maior relevância à finalidade compensatória ou satisfatória da indenização

estabelecida em prol de uma ou mais vítimas identificadas, e, secundariamente, visualiza-se a função punitivo-pedagógica.

Assim, é necessário pontuar que, nas hipóteses de configuração de *dano moral coletivo*, não há que se falar propriamente em *reparação direta em favor da coletividade*, como se se visasse a *recompôr* ou mesmo a *compensar* a lesão havida, porque tal situação é inconcebível no campo dos interesses transindividuais, uma vez que é inviável alcançar e apreender toda a dimensão e a extensão da lesão coletiva, também não se podendo identificar precisamente os indivíduos integrantes da coletividade, pela sua indeterminabilidade.

O que se almeja, de maneira primordial, é atender à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento pela prática da conduta ilícita, cuja ocorrência resultou em benefícios ou vantagem indevida para si, não obstante a gravidade da violação de direitos fundamentais, circunstância inaceitável para o sistema de justiça.

De forma secundária, no entanto, é possível até mesmo conceber uma finalidade *compensatória indireta* em sede de reparação do dano moral coletivo, considerando que é a coletividade o sujeito passivo da violação e do respectivo dano e que a parcela da condenação será destinada à *reconstituição dos bens lesados*. Assim, poder-se-ia enxergar, em tal aspecto, a presença de uma compensação, indiretamente, em favor da própria coletividade, à vista do direcionamento que é dado à verba resultante da condenação, recolhida a um fundo próprio (art. 13 da LACP), ou, como possibilidade alternativa, revertida diretamente a entidades públicas ou privadas, sem fins lucrativos e de reconhecido valor social, para atuação em favor da própria coletividade¹⁰.

É assim que se apresenta o mecanismo adequado de responsabilização civil que visa a assegurar a tutela necessária nas hipóteses de violação dos interesses coletivos extrapatrimoniais, e que foi introduzido, de maneira explícita, em nosso ordenamento jurídico, segundo se vê das disposições dos arts. 1º e 13 da Lei n. 7.347/1985, e 6º, VII, e 83 do CDC.

Na jurisprudência, destaca-se a posição do Tribunal Superior do Trabalho, que tem reafirmado esse aspecto da preponderância da função sancionatória, consagrando que

nas hipóteses de dano moral coletivo, em face da inegável relevância de sua reparação, deve ser dada maior ênfase ao caráter punitivo. Assim, embora não se negue a existência de caráter compensatório na indenização por dano moral coletivo — já que os seus valores são destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e, portanto, serão destinados à defesa de interesses equivalentes àqueles que geraram a condenação judicial —, é inevitável reconhecer que o seu arbitramento deve observar, principalmente, o caráter sancionatório-pedagógico, de forma a desestimular outras condutas danosas a interesses coletivos extrapatrimoniais¹¹.

7.3 O valor da condenação

Em se tratando de dano moral coletivo, a reparação adequada, que se dá nos moldes de uma *indenização punitiva*, opera-se por meio da imposição judicial ao ofensor de uma parcela em dinheiro, em medida que venha a refletir a função sancionatória e pedagógica que informa a natureza desse procedimento peculiar à tutela dos direitos transindividuais, de maneira a refletir coerência e equidade do sistema de responsabilização civil, nesse campo específico da sua aplicação.

Assim, o valor da condenação a ser arbitrado pelo juiz, sob o norte da equidade e do bom senso, deverá observar, em sua expressão, suficiência para representar *sanção* eficaz para o agente causador do dano e, por efeito, força para dissuadir outras condutas danosas semelhantes.

Faz-se imperativo, ademais, que essa decisão judicial seja motivada, fundamentando-se em elementos criteriosos quanto à composição do *quantum*, como exigência da cláusula constitucional do *due process of law*, com isso evitando-se a fixação de valores desarrazoados, para mais ou para menos, em prejuízo ao interesse tutelado e aos fins almejados pelo próprio sistema jurídico.

Pode-se, então, elencar os seguintes aspectos principais a serem levados em conta, pelo órgão judicial, para a quantificação do valor da condenação em sede de dano moral coletivo: I) a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão; II) a situação econômica do ofensor; III) o proveito obtido com a conduta ilícita; IV) o grau da culpa ou do dolo, se presentes, e a verificação de reincidência; e V) o grau de reprovabilidade social da conduta adotada.

8. ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO STJ PROCLAMADA NO RECURSO ESPECIAL N. 598.281/2006

A decisão do Recurso Especial em referência¹² foi assim ementada:

Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (*indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação*).

Tratou-se do primeiro caso em que aquela Corte Superior enfrentou a matéria relativa à condenação por *dano moral coletivo*, tendo sido proclamada, *equivocadamente*, decisão contrária à admissão da reparação do dano moral coletivo, em hipótese que versou lesão ao meio ambiente. É o que se demonstra a seguir.

O voto do ministro relator Luiz Fux admitia a possibilidade de reparação e, em consequência, acolhia a condenação por dano moral coletivo, entendendo assim, no caso analisado, caracterizada lesão ambiental a ensejar essa reparação, fixada no valor total de cem mil reais.

Em seguida, o ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto-vista, posicionou-se de maneira contrária à *possibilidade* de condenação por dano moral coletivo, conforme estampa a ementa transcrita, argu-

mentando a “necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual” e a “*incompatibilidade com a noção de transindividualidade*”, não ingressando, pois, na análise do mérito, relativamente à configuração da lesão no caso versado.

A ministra Denise Arruda, na sequência, em seu voto-vista, *admitiu* a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, porém concluiu que, na situação sob exame, não havia a demonstração efetiva desse dano.

Prosseguindo-se o julgamento com o voto-vista do ministro José Augusto Delgado, adotou esse magistrado entendimento idêntico ao do ministro relator Luiz Fux, *admitindo* a possibilidade de reparação de dano moral coletivo e entendendo configurada essa lesão, no caso concreto, a ensejar a condenação dos réus.

Por último, o ministro Francisco Falcão votou pela não admissão da possibilidade de reparação de dano moral coletivo, perfilhando a mesma tese do ministro Teori Zavascki.

O que se conclui, portanto, da verificação das posições externadas pelos ministros votantes, é que, no que diz respeito à *admissibilidade da reparação* do dano moral coletivo, dos cinco votos proferidos pelos integrantes da 1ª Turma do STJ, três ministros entenderam a *possibilidade jurídica* de condenação por dano moral coletivo (Luiz Fux, Denise Arruda e José Delgado) e os outros dois ministros (Teori Zavascki e Francisco Falcão) se posicionaram pela *impossibilidade* de ocorrer essa reparação. Quanto à *caracterização do dano moral coletivo*, no caso apreciado, três ministros não vislumbraram a sua *configuração* de dano moral coletivo (Teori Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão) e os outros dois ministros (Luiz Fux e José Delgado) manifestaram o entendimento de que se caracterizou o dano moral coletivo na situação observada.

Em resumo, por três votos a dois, decidiu-se, naquela oportunidade, pela *admissibilidade* da reparação de dano moral coletivo. Também por três votos a dois, decidiu-se pela *não caracterização ou prova* do dano moral coletivo no caso examinado.

Fácil é verificar, assim, o equívoco flagrante havido na proclamação do resultado e, o que é mais grave, na redação da *ementa* do acórdão, uma vez que não estão a expressar a verdade do julgamento, posto que, como demonstrado, a maioria da turma votou pela *admissibilidade* da reparação de dano moral coletivo, situação não retratada no voto vencedor e também olvidada na ementa adotada.

Diante disso, afirma-se, categoricamente, que a decisão sob enfoque não pode constituir precedente do STJ para se defender a impossibilidade, em face do ordenamento jurídico, de reparação do dano moral coletivo. Assim ocorrendo, estar-se-ia a invocar um *falso precedente*, pois se trata de indicativo de “posição jurídica da Corte” não correspondente à decisão colegiada efetivamente havida.

Esse é um primeiro aspecto, relevantíssimo, a se destacar da análise do texto da decisão. Mas há um outro, igualmente importante. É que, para se aceitar, por absurdo, a posição indicada na *ementa* do acórdão, forçoso também seria reconhecer que a 1ª Turma do STJ, por tal decisão, incorreu em *negativa direta de vigência*, por interpretação abstrata, do art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), e do art. 6º, VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor, naquilo que preveem tais dispositivos, literalmente: a possibilidade de responsabilização por danos morais, no âmbito dos direitos difusos e coletivos.

Isso caracterizaria, precisamente, hipótese evidente de declaração implícita de inconstitucionalidade por órgão fracionário de Tribunal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico e motivo de nulidade, nos moldes proclamados pela Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

À vista desses pontos, é dever asseverar que a posição verdadeira adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, por sua 1ª Turma, na de-

cisão aqui destacada, é a de que é *admissível* a reparação do dano moral coletivo, apesar de, na situação concreta, não ter vislumbrado a maioria dos ministros a *caracterização* do mencionado dano, razão pela qual foi afastada a condenação pleiteada.

Ademais, abstraída a questão do equívoco na proclamação do resultado do julgamento, faz-se necessário realçar, no que se refere ao entendimento, em si, retratado pela *ementa* da decisão, a sua *erros* e incongruência, ao proclamar que se exige “uma necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual”, e que há “incompatibilidade” do dano moral “com a noção de transindividualidade”.

Ora, no plano da responsabilidade civil emerge a certeza jurídica de que o dano moral não se vincula à noção de dor ou de sofrimento pessoal. Nesse sentido, não é demais pontuar que constitui consenso doutrinário, e também posição consagrada pelo próprio STJ, quanto a que o dano moral não concerne apenas à ofensa refletida na *dor* e no *sofrimento* da pessoa física, havendo, inequivocamente, interesses jurídicos extrapatrimoniais, referidos também a *pessoas jurídicas* e *coletividades*, que são tutelados pelo ordenamento em vigor, e não estão afetos à área do sentimento pessoal.

Evidencia-se, pois, que a expressão *dano moral*, diante do princípio constitucional da ampla e integral reparação dos danos, não tem o sentido restrito ou confinado, principalmente na área semântica, aos domínios da *dor* ou do *sofrimento*, estando, na realidade, a se referir a qualquer violação de interesses de caráter extrapatrimonial, inerentes aos bens e valores jurídicos que compõem a esfera de proteção à dignidade de *pessoas físicas* e a órbita de tutela das *pessoas jurídicas* e das *coletividades*, segundo é consenso na jurisprudência e na doutrina moderna.

Com efeito, a evolução da teoria do dano moral há muito ultrapassou a concepção limitada a elementos exclusivamente subjetivos, assimilando novos campos de percepção e incidência, vinculados a outras esferas independentes e alheias às do “sentimento”, que se ligam a bens e interesses exteriorizados no meio social, traduzindo a

evidência da natureza objetiva do dano moral, apartada da “dor” ou do “sofrimento”.

Dessa maneira é que se consagrou a posição de que até mesmo a *pessoa jurídica* — que não possui alma, estado anímico ou elementos sensitivos — pode sofrer dano moral, em referência ao que se convencionou denominar de honra objetiva, a revelar a proteção a bens e direitos extrapatrimoniais em sua consideração exteriorizada (a honra, o bom nome, a imagem e a reputação social gozada na comunidade). O entendimento está cristalizado pela Súmula n. 227 do próprio Superior Tribunal de Justiça e também na norma do art. 52 introduzida pelo Código Civil de 2002.

Em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pessoa física não é a única a titularizar direitos e interesses de natureza extrapatrimonial, também se reconhecendo essa titularidade às pessoas jurídicas e, igualmente, à *coletividade*, por força da lei, conforme se estampa no art. 2º, parágrafo único, do CDC; no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.884/1994; e no art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.347/1985, condição que se positivou, explicitamente, por meio da valorização e do assento constitucional conferidos ao alcance e à proteção jurídica aos direitos transindividuais, em todas as suas variadas expressões.

Frise-se que os direitos coletivos e difusos apresentam natureza extrapatrimonial, referindo-se, assim, a bens e valores reconhecidos juridicamente e titularizados pela coletividade, a exemplo do meio ambiente saudável, do patrimônio cultural, da equidade nas relações de consumo e do trabalho em condições dignas.

A compreensão do *dano moral coletivo* não se conjuga com a ideia de demonstração de elementos como perturbação, aflição, constrangimento ou transtorno social, estabelecendo-se, sim, de maneira objetiva, concernindo à conduta que reflete violação intolerável de direitos coletivos e difusos, cuja essência é extrapatrimonial. Em outros termos, a reparação do dano moral coletivo não tem relação necessária com o reconhecimento e a visualização de “sofrimento”, “aflição”, “angústia”, “constrangimento” ou “abalo psicofísico” atribuído a uma dada coletividade ou a seus indivíduos integrantes.

A previsão legal da reparação do denominado *dano moral coletivo* corresponde, numa visão coerente com a sua verdadeira essência, a uma específica e adequada reação do sistema jurídico diante da violação inaceitável a interesses extrapatrimoniais, de latitude coletiva (*lato sensu*), dotados de fundamentalidade e relevância social, que são tutelados pelo sistema jurídico. E tal reparação se dá sob a forma de uma condenação em dinheiro imposta ao ofensor, para o fim de atender, com supremacia, à função sancionatória e preventivo-pedagógica, que, saliente-se, informa com especial realce essa modalidade peculiar de responsabilização.

Acrescente-se que não se trata, propriamente, de “indenizar” o dano sofrido pela coletividade ou por seus integrantes, a exemplo do que se observa no plano dos direitos individuais, mas sim de assegurar uma reparação prevista em lei, com a finalidade prevalecente de impor uma sanção ao ofensor, como um adequado e eficaz mecanismo para a tutela dos direitos coletivos e difusos.

Fácil é constatar, dessa forma, que a posição externada na ementa do acórdão criticado, além de não ter correspondido ao resultado da votação e do julgamento efetivamente havido, adotou, em seu conteúdo, premissas incongruentes e destoantes da natureza do *dano moral coletivo*, desprezando, assim, os elementos pertinentes e os fundamentos teóricos e metodológicos que o informam, apegando-se impropriamente, e de maneira exclusiva e distorcida, a aspectos ínsitos ao dano moral individual, refletindo o equívoco incorrido, ainda mais com a compreensão ultrapassada e errônea da lesão extrapatrimonial reduzida à ideia de “dor”, “sentimento” ou “lesão psíquica”¹³.

Não foi sem razão que, em acórdãos posteriores, superando o equívoco incorrido, adotou o STJ o entendimento correto, consagrando o reconhecimento jurídico da possibilidade de reparação do *dano moral coletivo* (STJ-REsp 1.057.274-RS, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, DJ 26 fev. 2010; REsp 1.221.756-RJ, 3ª Turma, rel. min. Massami Uyeda, DJ 10 fev. 2012; REsp 1.120.117-AC, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, DJ 19 nov. 2009; REsp 797.963-GO, 3ª Turma, rel. min. Nancy Andrighi, DJ 7 fev. 2008; REsp 1.203.573-RS, 2ª Turma,

rel. min. Humberto Martins, *DJ* 19 dez. 2011; REsp 1.114.893-MG, 2ª Turma, rel. min. Herman Benjamin, *DJ* 28 fev. 2012).

9 CONCLUSÃO

É indubitoso que a possibilidade de se conferir uma tutela adequada aos interesses transindividuais constitui imperativo para a promoção dos direitos fundamentais, antes limitados à participação política e às liberdades clássicas, e atualmente compreendendo, como essencial, a garantia efetiva de respeito, realização e reparação, em caso de dano, aos direitos de natureza individual e coletiva.

Dessa maneira, a ação impositiva, por meio dos mecanismos, instrumentos e órgãos competentes, objetivando a efetivação dos direitos, em prol dos indivíduos e das coletividades, na busca do equilíbrio e do bem-estar social, é o que dá concretude ao conceito de cidadania, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, *status* hoje reconhecido constitucionalmente aos direitos ou interesses coletivos e difusos.

A evolução do regime da responsabilidade civil possibilitou a devida tutela em face de danos a interesses titularizados por determinadas coletividades, em coerência com a ampla relevância que adquiriu o princípio da dignidade humana, em suas várias órbitas de projeção, no âmbito do ordenamento constitucional.

A ordem jurídica, assim, por diretriz explícita da Carta Magna de 1988, assegurou à coletividade a titularidade de direitos e interesses, cuja violação enseja reação eficaz consubstanciada na possibilidade de se obter uma reparação adequada, que se viabiliza por meio do sistema processual coletivo.

Enfim, que, no tempo presente, o reconhecimento e a efetiva reparação dos *danos morais coletivos*, por meio da ação civil pública,

mediante o sancionamento adequado do ofensor, pela condenação em parcela pecuniária, de molde a também desestimular e prevenir novas lesões, em decorrência da ofensa aos valores e bens mais elevados do agrupamento social, constituem uma das formas de alicerçar o Estado Democrático de Direito.

NOTAS

1. STJ-REsp n. 1.057.274-RS, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, *DJ* 26 fev. 2010.
2. TST-RR 572/2005-018-10-00, 6ª Turma, rel. min. Aloysio Corrêa da Veiga, *DJ* 08 maio 2009.
3. No mesmo sentido: RECURSO DE REVISTA. TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. (...) 2. Não há como negar, diante dos fatos registrados no acórdão regional, a existência de violação aos princípios e direitos fundamentais mínimos previstos na Constituição Federal, haja vista que a submissão de trabalhadores, ainda que sem vínculo empregatício, a condições de trabalho degradantes e desumanas repugnam a coletividade e afrontam a honra e a dignidade coletiva dos trabalhadores arrematados pelas primeira e segunda Reclamadas, cuja atitude empresarial é repudiada pelo ordenamento jurídico. 3. Devido o pagamento de indenização por danos morais coletivos, haja vista que esta Corte Superior já pacificou entendimento no sentido de que a coletividade detém interesses de natureza extrapatrimonial, que violados, geram direito à indenização. TST-RR 98300-57.2006.5.12.0024, 7ª Turma, rel. min. Maria Doralice Novaes, *DJ* 27 ago. 2010.
4. STJ-REsp 1.057.274-RS (2008/0104498-1), 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, *DJ* 26 fev. 2010.
5. No mesmo sentido, RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL. OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO. EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO. MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO PROPORCIONAL (...). I — A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor

é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II — Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade (...). III — Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV — Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). REsp 1.221.756-RJ (2010/0197076-6), 3ª Turma, rel. min. Massami Uyeda, DJ 10 fev. 2012.

6. Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
7. Lei 7.347/85. Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por *danos morais e patrimoniais* causados [...].
8. REsp 196.024-MG, 4ª Turma, rel. min. César Asfor Rocha, DJ 2 ago. 1999. No mesmo sentido, citam-se também os acórdãos referentes aos seguintes recursos: AgRg no AI 470.538-SC, 3ª Turma, rel. min. Castro Filho, 6 nov. 2003; REsp 442.051-RS, rel. min. Nancy Andrichi, DJ 17 fev. 2003; REsp 389.879-MG, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 2 fev. 2002.
9. TST-RR 107500-26.2007.5.09.0513, 1ª Turma, rel. min. Vieira de Mello Filho, DJ 23 set. 2011. Adotando idêntico entendimento, a Corte Superior Trabalhista, por sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, consagrou a tese de que, em se tratando de danos morais, e não materiais, a única prova que deve ser produzida é a do ato ilícito, se presentes os pressupostos legais para a caracterização da responsabilidade civil, quais sejam, a culpa e o nexo de causalidade (TST-RR 9891800-65.2004.5.09.0014, 5ª Turma, rel. min. Emanuel Pereira, DJ 18 jun. 2010).
10. É juridicamente possível a reversão ou o (re)direcionamento da parcela da condenação para, por exemplo: a) veiculação de campanha educativa relacionada aos direitos violados; b) execução de atividades, obras ou projetos de cunho social ou comunitário; c) aquisição de bens e serviços em favor de entidades vinculadas a atividades sociais e de interesse público; d) construção de equipamentos coletivos; e) realização de cursos de capacitação ou de natureza instrutiva; f) prestação de serviços para a comunidade.
11. TST-RR 110700-17.2003.5.03.0103, 2ª Turma, rel. min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 19 nov. 2010.

12. 1ª Turma, DJ 1 jun. 2006, rel. min. Luiz Fux e Red. para o Acórdão Min. Teori Albino Zavascki.

13. Não obstante os equívocos aqui apontados em relação à proclamação do resultado e ao teor da ementa do REsp n. 598.281-MG, lamentavelmente a 1ª Turma do STJ, adotando como fundamento esse falso precedente, veio a reiterar o entendimento nos seguintes acórdãos: REsp n. 821.891-RS, rel. min. Luiz Fux, 8 abr. 2008; REsp 971.844-RS, rel. min. Teori Zavascki, 3 dez. 2009; REsp 1.109.905-PR, rel. min. Hamilton Carvalhido, 14 maio 2010.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 59, jul./set. 2006.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OBRIGAÇÕES ALIMENTARES PÓS-DIVÓRCIO: A ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE

Larissa Alves de Brito Zarur

Graduanda em Direito no Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT).

SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 O casamento e a sua dissolução
- 3 O divórcio com base na Emenda Constitucional n. 66/2010
- 4 Legitimidade do ex-cônjuge para requerer alimentos após o divórcio e as hipóteses de cabimento
- 5 Prazo necessário para a propositura da ação de alimentos pós-divórcio
- 6 A culpa no quesito alimentos pós-divórcio
- 7 Considerações finais

1 INTRODUÇÃO

O tema “alimentos” é de extrema relevância no Direito de Família, visto que tem como foco as obrigações e as responsabilidades existentes entre pais e filhos, cônjuges ou companheiros, avós (incluindo os níveis situados acima na árvore genealógica) e netos, bem como entre outros parentes. No que diz respeito ao significado da expressão “alimentos”, esta, do ponto de vista jurídico, possui um campo de abrangência muito mais amplo que o simples sentido literal da palavra, pois, além da alimentação em si, inclui a pretensão de manutenção das condições sociais e morais dos necessitados (também denominados de credores).

Nesse sentido, este artigo discutirá as mudanças advindas da Emenda Constitucional n. 66/2010, conceituará os alimentos e mostrará a sua importância, bem como sua abrangência do ponto de vista jurídico e, por fim, discutirá as possibilidades existentes quanto à propositura da ação alimentícia após a decretação do divórcio. Com relação a esse assunto, ter-se-á como foco a legitimidade para se propor a ação de alimentos, as suas limitações e os princípios que versam a respeito do tema, tanto no que diz respeito ao casamento como ao divórcio.

Quanto à importância, este estudo visa demonstrar às pessoas que constituem a sociedade brasileira que, com a mudança ocasionada pela referida emenda, elas passaram a possuir maior autonomia sobre suas vidas, de modo que poderão propor a ação de divórcio

quando bem entenderem, não sendo mais necessário respeitar um prazo para poderem propor a referida ação. Dessa forma, percebe-se que, apesar de o divórcio ser permitido desde a Lei n. 6.515/1977, ele passa a ser regido por outras normas, fato que será exposto no decorrer deste artigo.

Ressalte-se, sobretudo, que a metodologia a ser utilizada no presente artigo será a pesquisa exploratória, de cunho bibliográfico. O método utilizado para a sua realização será o dedutivo, tendo como fontes de informações a jurisprudência dos tribunais brasileiros, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o Código Civil de 2002, os Enunciados da III Jornada de Direito Civil e os posicionamentos de alguns doutrinadores a respeito do assunto em comento.

Por fim, no que diz respeito à temática em questão, há que se destacar que, para que a decretação dos alimentos após o divórcio seja possível, o casamento deverá ser considerado válido. Para tanto, aborda-se o casamento, bem como alguns efeitos decorrentes de sua dissolução, sobre a Emenda Constitucional n. 66/2010, a legitimidade e as possibilidades de se requerer a decretação de alimentos após o divórcio, assim como a existência ou não de um prazo para sua arguição. Além disso, discutir-se-á acerca da manutenção ou não do quesito culpa no divórcio e a necessidade de uma menor intervenção do Estado no âmbito familiar.

2 O CASAMENTO E A SUA DISSOLUÇÃO

O casamento é uma das situações que geram obrigações mútuas de prestar alimentos entre os envolvidos. Segundo o posicionamento da ilustre jurista Diniz (2011, p. 51), “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”. Entretanto, atualmente, parte desse posicionamento está ultrapassado, visto que o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a admitir, em sua jurisprudência, que a família não ad-

vém apenas da união entre um homem e uma mulher mas também de pessoas do mesmo sexo.

Quanto a este posicionamento, pode-se citar um trecho da ADPF 132, *in litteris*:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

Diante da análise da ADPF citada, percebe-se que o STF reconheceu a união estável homoafetiva, indo de encontro ao o que acontece há algum tempo na sociedade, mas que sempre ocorreu de forma irregular, qual seja a convivência entre pessoas do mesmo sexo como se fossem uma família.

Voltando à discussão a respeito do casamento, ressalta-se que, durante a vigência do Código Civil de 1916, acreditava-se na indissolubilidade do casamento, visto que ocorria, segundo Rosenvald e Farias (2010, p. 108), a incorporação da máxima canonista, qual seja: “o que Deus uniu o homem não separa”, da qual se percebe a forte influência religiosa nessa união. Nesse contexto, destaca-se a clássica definição de Clóvis Beviláqua (apud DINIZ, 2011, p. 52), segundo a qual

o casamento é contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Entretanto, após a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), tal posicionamento se modificou, pois o casamento

deixou de ser indissolúvel, sendo possível sua ruptura pelo divórcio. Dessa forma, este é o entendimento que rege a Constituição Federal de 1988, conforme dispõe o seu artigo 226, § 6º, *in verbis*: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Deve-se destacar, ainda, que este dispositivo foi incorporado pela Emenda Constitucional n. 66 de 2010¹.

Conforme os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 542), essa emenda facilitou a implementação do divórcio no Brasil, pois inovou o ordenamento em dois pontos fundamentais: a extinção da separação judicial e a extinção da exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial. Por conseguinte, a separação judicial deixa de ser requisito para concessão do divórcio, facilitando, assim, a ruptura do vínculo matrimonial entre aqueles que não mais suportam a vida em comum. Para que isso ocorra, ressalte-se, não há mais um período mínimo de separação de fato, de modo que o divórcio pode ocorrer a qualquer tempo, seja um dia ou dois anos após a realização do casamento.

No entanto, há questionamentos acerca dessa rápida possibilidade de propositura da ação de divórcio, tendo em vista que os casais poderiam agir por impulso emocional, se divorciarem e, posteriormente, se arrependerem, não podendo mais reatar a relação, a não ser casando-se novamente. Diferentemente ocorria antes da Emenda Constitucional n. 66/2010, quando se fazia necessária, primeiramente, a separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos, para que fosse possível dissolver o casamento.

3 O DIVÓRCIO COM BASE NA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

A Emenda Constitucional n. 66/2010, também denominada Emenda do Divórcio, modificou a redação original do art. 226, § 6º, da Lei

Maior, que era a seguinte: “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. A referida emenda ocasionou, ainda, a revogação tácita da separação judicial. Além disso, foi extinto o prazo mínimo para a dissolução do casamento, podendo ocorrer a qualquer tempo, seja um dia, um mês ou um ano, por exemplo, após o matrimônio.

Na situação jurídica anterior, era possível a ocorrência da separação judicial, ou seja, apenas a dissolução da sociedade conjugal, em que seria cabível uma possível reconciliação entre os cônjuges. Por outro lado, para que ocorresse o divórcio, caracterizado, à época, de “direto”, seria preciso o casal estar separado de fato há mais de dois anos, sem que houvesse, no correspondente período, possível conciliação.

Por sua vez, após a mudança, o divórcio a ser requerido pelo cônjuge que esteja interessado no rompimento matrimonial deixa de se submeter a qualquer requisito temporal. Dessa forma, basta a simples insatisfação com a vida em comum para se justificar a dissolução do vínculo matrimonial por meio do divórcio.

Apesar de não ter ocorrido uma revogação expressa do instituto da separação judicial, esta foi suprimida do ordenamento jurídico. No entanto, aplicam-se ao divórcio as mesmas regras que versavam a respeito da separação judicial, com exceção do lapso temporal que era exigido e da comprovação da separação de fato ou judicial. Por conseguinte, apesar de a separação judicial ainda estar prevista no Código Civil, visto que não houve uma revogação expressa, não há mais qualquer aplicação no ordenamento jurídico, de modo que, se as pessoas que estejam separadas judicialmente após a mudança ocorrida queiram se divorciar, não ocorrerá mais a conversão da separação em divórcio, mas, sim, o divórcio propriamente dito.

Nessa perspectiva, entende-se que o ocorrido de fato foi uma revogação tácita da separação judicial, devendo, a partir daquela, todas as normas infraconstitucionais se adequarem ao dispositivo constitucional acerca do assunto, entre elas diversos institutos do Direito de Família, inclusive no que diz respeito aos alimentos.

4 LEGITIMIDADE DO EX-CÔNJUGE PARA REQUERER ALIMENTOS APÓS O DIVÓRCIO E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO

Consoante o que já foi dito, os alimentos, do ponto de vista jurídico, envolvem não apenas o alimento em si mas também a condição social que o cônjuge possuía anteriormente ao divórcio, como o binômio necessidade-possibilidade, o qual sempre deve ser observado quando se discutir a respeito de pensão alimentícia.

Desse modo, afirma o doutrinador Beviláqua (apud CAHALI, 2006, p. 16) que “a palavra alimentos tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que na linguagem comum pois compreende tudo o que é necessário à vida: sustento, habitação, roupa e tratamento de moléstias”. Nesse sentido, dispõe o ordenamento jurídico pátrio, precisamente no Código Civil de 2002, art. 1.694, *caput*, quanto aos cônjuges, que estes possuem o direito de pedir alimentos reciprocamente, quando deles necessitarem para manter a mesma condição social, bem como para atender às necessidades de sua educação.

Dessa forma, pode-se observar que a prestação alimentícia tem como uma das características a reciprocidade, pois o devedor dos dias atuais pode vir a necessitar dos alimentos no futuro, de modo que passaria a ocupar o polo passivo da questão. Tal afirmação está prevista no artigo 1.696 do Código Civil de 2002, segundo o qual o direito de perceber os alimentos é recíproco entre pais e filhos, sendo, ainda, extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

No que diz respeito ao binômio necessidade-possibilidade, é necessário que se observem os “dois lados da moeda”, ou seja, a condição financeira do alimentante e a necessidade do alimentado. Porém, a doutrina moderna, segundo os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 674), prefere denominar tal requisito de trinômio, visto que é importante levar em consideração três elementos, quais sejam: necessidade, possibilidade do alimentante e

proporcionalidade e razoabilidade. Isso porque, além de existirem os dois primeiros, estes devem ocorrer de forma conjunta, a fim de evitar que uma parte se beneficie ou se prejudique além do necessário.

Em outras palavras, segundo o art. 1.695, do Código Civil de 2002, a prestação alimentícia não pode ser aplicada como uma de punição ao devedor, de forma que este seja condenado a pagar um valor alto de prestação alimentícia ao seu dependente, prejudicando o próprio sustento.

Desse modo, se, após o divórcio, um dos ex-cônjuges não puder nem tiver como se sustentar, ou quando a dissolução da vida matrimonial ocasionar grandes prejuízos a uma das partes, de modo a modificar sua condição de vida social, serão cabíveis os alimentos. Estes, por sua vez, podem ser requeridos tanto pelo homem quanto pela mulher. Isso está em conformidade com o princípio da igualdade de direitos e deveres entre ambos os sexos, previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988. No entanto, se a parte demandante exercer alguma atividade profissional, de modo que possa sustentar-se, dificilmente terá seu pedido deferido pelo magistrado. Conforme o exposto, pode-se observar tal posicionamento na seguinte jurisprudência do TJ-DF:

48372362 – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. PEDIDO DE ALIMENTOS CÔNJUGE. NECESSIDADE. POSSIBILIDADE. 01. A prova é dirigida ao juiz e compete a ele aquilatar a necessidade de sua produção ou não, sem que o indeferimento de uma ou outra pretensão acarrete cerceamento de defesa. 02. Embora a Lei Civil admita que, com o divórcio, qualquer um dos cônjuges possa pleitear alimentos, mostra-se indispensável a comprovação inequívoca da necessidade dos mesmos, bem como as possibilidades financeiras do obrigado. 03. Preliminar rejeitada. Recurso improvido. Unânime. (TJ-DF; Rec 2009.09.1.017253-9; Ac. 525.268; Quinta Turma Cível; rel. des. Romeu Gonzaga Neiva; DJDFTE 12 ago. 2011; p. 108).

Assim, do ponto de vista fático, é perfeitamente possível o deferimento de alimentos à ex-mulher, por exemplo, que passou a vida

conjugal inteira apenas trabalhando dentro de casa, ou seja, sendo “do lar” enquanto o ex-marido era o responsável pelo sustento da casa, de forma que após a dissolução do casamento aquela não tenha como se manter. Tal prestação visaria conceder a ela, no mínimo, um pouco de dignidade.

Entretanto, para que ocorra a referida procedência, outro fator deve ser conjuntamente levado em conta: a possibilidade de a ex-mulher se recolocar no mercado de trabalho. Caso o ex-cônjuge virago, no momento do rompimento do vínculo matrimonial, possua idade avançada, considerada, geralmente, como de difícil ingresso no mercado de trabalho, o juiz poderá concedê-la alimentos pelo resto da sua vida, desde que ela não se case novamente nem tenha um companheiro ou concubino, pois isso desvincularia a obrigação quanto ao ex-cônjuge varão. Tal fato está disposto no art. 1.708, *caput*, do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”. Isso não ocorre caso o alimentante contraia matrimônio, conforme expressa o art. 1.709 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio”.

Diferentemente ocorreria caso o ex-cônjuge virago, na mesma ocasião, fosse jovem e apta a exercer atividade laboral, no entanto, também nunca tenha trabalhado “fora de casa”. Nesse caso, ser-lhe-ão concedidos alimentos transitórios, ou seja, por tempo determinado, suficiente para que possa começar alguma atividade que lhe proporcione renda, de modo que possa prover seu próprio sustento. O exposto anteriormente está em conformidade, por exemplo, com a seguinte jurisprudência, disposta na doutrina de Farias e Rosendal (2010, p. 696-697), *in litteris*:

Alimentos. Mulher jovem, saudável, mas despreparada para o mercado de trabalho. Pensão temporária destinada a proporcionar-lhe condições de exercer atividade laboral digna. Se não obstante jovem e saudável a mulher não está qualificada para ingressar no mercado de trabalho, mormente por ter o casamento, contraído em idade muito jovem, a impedido de adquirir uma

profissão definida, deve ser-lhe assegurada pensão por prazo razoável a fim de se preparar para o exercício de atividade laboral digna. (TJ/RJ, Ac.2ª Câm.Cív.,ApCív.1998.001.2706, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j.18 jun. 1998).

Ressalte-se que este posicionamento é pacífico nos tribunais. Nessa perspectiva, pode-se observar, ainda, tal situação no seguinte julgado, citado por Tartuce e Simão (2010, p. 38):

Família. Alimentos entre cônjuges. Prazo. Se, na constância do casamento, a mulher não dispõe dos meios próprios para prover o seu sustento e se o seu marido tem capacidade para tanto, não se pode fixar o dever alimentício pelo prazo de apenas um ano, apenas porque é jovem e capaz para o trabalho. Recurso conhecido e provido (STJ, REsp 555.429/RJ, rel. min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, j. 8 jun. 2004, v.u., *Boletim AASP* 2.413/1.010, abr. 2005).

Por conseguinte, pode-se observar que a fixação de alimentos transitórios, ou seja, por prazo determinado, tem como finalidade evitar que o alimentando se aposse daquela vantagem advinda da pensão alimentícia como um critério desmotivador a ir à busca de algum emprego, pois se o pagamento fosse por prazo indeterminado, sempre estaria sob a sombra daquele que lhe sustentava, desde o matrimônio.

Quanto aos princípios, deve-se ressaltar que, entre os que regem a prestação alimentícia, está um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico: o da dignidade da pessoa humana. Isso se deve ao fato de que sem suprir as necessidades básicas da vida, bem como sem continuar tendo um padrão de vida que possuía por muito tempo, após o divórcio, no caso dos ex-cônjuges, não se tem como ter uma vida digna e decente. Segundo Diniz (2011, p. 613), tal princípio encontra respaldo jurídico no dispositivo primeiro, III, da Lei Maior de 1988, o qual cita a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Além desse, pode-se citar também o princípio da solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes, como assevera Gonçalves (2011, p. 499). Por sua vez, esse princípio encontra-se previsto no art. 3º, I, da Constituição

Federal de 1988, o qual elenca a solidariedade na sociedade como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Outra particularidade do divórcio diz respeito à prestação alimentícia a ser suprida ao ex-cônjuge após a ruptura do vínculo matrimonial. Nas palavras de Farias e Rosendal (2010, p. 694), “a obrigação alimentícia entre os cônjuges decorre da frustração do dever de mútua assistência e tem o condão de materializar os efeitos impostos pelo matrimônio”. Dessa forma, tendo por base o princípio da mútua assistência entre os consortes, bem como o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, sendo este previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988, os alimentos são devidos após o divórcio, quando houver necessidade.

Deve-se ressaltar, sobretudo, que a prestação alimentícia entre os ex-cônjuges, segundo a doutrina de Farias e Rosendal (2010, p. 87), tem como uma das finalidades evitar a ocorrência de violação da boa-fé objetiva ou princípio da confiança entre aqueles. Pode-se citar como uma hipótese de tal violação o marido que, na constância do casamento, pede à esposa que não trabalhe e deixe o sustento da casa por conta dele. Não obstante, após muitos anos de união, advem o divórcio, rompendo o vínculo existente entre o casal. Dessa forma, o ora ex-marido se recusa a prestar assistência à ex-mulher, ficando a sobrevivência desta à mercê da sorte, visto que ela nunca trabalhou nem tem mais condições físicas que possibilitem o trabalho. Nesse caso, teria direito a perceber os alimentos.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, só são possíveis os alimentos atuais e futuros, visto que se a pessoa necessitada conseguiu sobreviver sem os alimentos pretéritos, não há motivo para a sua obtenção. Isso ocorre, ressalta-se, em todos os casos de prestação alimentícia, não apenas entre os ex-cônjuges.

Há que se argumentar, ainda, o tocante à pena pelo descumprimento das obrigações alimentares. Esse requisito também é aplicável a todos os casos que envolvam alimentos, e encontra-se expresso na Súmula 309 do STJ, nos seguintes termos: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações an-

teriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. Dessa forma, pode-se afirmar que, atualmente, essa é a única situação de prisão civil possível no ordenamento jurídico brasileiro, pois a Súmula Vinculante n. 31 considerou como inconstitucional a prisão civil decorrente de atitude de depositário infiel.

Por fim, convém afirmar que, no pedido de divórcio, o cônjuge interessado na ação pode renunciar ou dispensar os alimentos a serem pagos pelo seu consorte após a dissolução do matrimônio, conforme será discutido adiante.

5 PRAZO NECESSÁRIO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO

A fixação de prestações alimentícias a serem pagas pelo ex-cônjuge após o divórcio, em que houve dispensa ou renúncia aos alimentos por um dos consortes, tem sido motivo de divergência jurisprudencial, como é possível observar nos seguintes julgados:

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE ALIMENTOS - EX-CÔNJUGE - DISPENSA - DIVÓRCIO - ROMPIMENTO DO VÍNCULO MATRIMONIAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA - SENTENÇA MANTIDA. A partir da decretação do divórcio, inexistente entre os ex-cônjuges qualquer relação de parentesco, sendo certo que um dos efeitos da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal é, justamente, a extinção do direito de pleitear alimentos. (TJ/MG, 100240965915400011 MG 1.0024.09.659154-0/001(1), Relator: SILAS VIEIRA, data de julgamento: 4 fev. 2010, 3ª Câmara Cível, 19 fev. 2010).

CIVIL. ALIMENTOS. DIVÓRCIO CONSENSUAL DISPENSA MOTIVADA QUE NÃO SE CONFUNDE COM RENÚNCIA. OBRIGAÇÃO QUE SUBSISTE, COM BASE CONTRATUAL, SE EXSURGE DOS TERMOS DO ACORDO. A DISPENSA MOTIVADA DA PENSÃO, POR PARTE DE UM DOS CÔNJUGES, SEM A INTENÇÃO DA RENÚNCIA AO DIREITO AOS ALIMENTOS, NÃO INIBE FUTURA DEMANDA EM QUE VENHAM A SER RECLAMADOS, SE MODIFICADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS. (TJDF,

Na análise da jurisprudência supracitada, percebe-se que há magistrados que entendem que após o divórcio, rompem-se completamente as obrigações recíprocas que existiam entre o casal, incluindo as alimentícias. No entanto, prevalece o posicionamento de que se perde o direito a alimentos posteriores à dissolução do vínculo matrimonial apenas quando há renúncia àqueles, não havendo, assim, a mínima possibilidade de mudança de tal cláusula. Por outro lado, quando os cônjuges dispensam alimentos entre si no momento do divórcio, subsiste a possibilidade de posterior propositura de ação de alimentos, desde que a situação se modifique consideravelmente em relação ao autor da referida ação.

Em consonância com tal entendimento está Diniz (2011, p. 375-378), a qual afirma que, depois de registrada no Registro Público competente, a sentença do divórcio tem como um dos efeitos a permanência da “obrigação alimentícia para atender às necessidades de subsistência do ex-consorte (RT, 544:205)”. Diniz (2011, p. 375-378) afirma, ainda, que “extingue a obrigação do ex-cônjuge devedor, de prestar alimentos, se houver renúncia (RSTJ, 90:203) ao exercício do direito de alimentos (CC, art.1.707)”. No que diz respeito ao artigo do Código Civil citado pela doutrinadora, qual seja: “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém, lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. O mesmo não é aplicável quando as partes envolvidas na ação são cônjuges que pretendem divorciar-se. Isso porque um dos consortes pode ter plena capacidade de manter-se pelo próprio trabalho, podendo, assim, renunciar ou dispensar os alimentos. O exposto anteriormente está em conformidade com o Enunciado 263 aprovado pela III Jornada de Direito Civil, *in litteris*:

O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da “união estável”. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.

Dessa forma, tomando por base o enunciado supracitado, conclui-se que a situação foge à regra das características dos alimentos, qual seja a irrenunciabilidade.

Quanto ao limite de tempo para se ingressar com a ação de alimentos na situação em discussão, não há nada expresso na legislação, exigindo-se apenas que ocorra algum fato relevante que modifique consideravelmente a situação de um dos divorciados, que este não tenha parentes que lhe possam prestar assistência (art. 1.704, parágrafo único, CC/02), bem como que o requerente não se case novamente, esteja em união estável ou em concubinato com alguém. Nesse sentido, leciona Tartuce (apud DIAS, 2011, p. 2):

Mesmo findo o matrimônio, perdura o dever de mútua assistência, permanecendo a obrigação alimentar, após a dissolução do casamento. Apesar de a lei não admitir tal expressamente, não pode chegar a conclusão diversa. O dever alimentar cessa somente pelo novo casamento do beneficiário (art. 1.708). Como só há a possibilidade de novo matrimônio após o divórcio, está claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados.

Por conseguinte, entende-se que apesar de um casal estar divorciado, persiste a obrigação de assistência mútua em relação aos alimentos, quando houver necessidade deles, perdurando até que o credor adquira novo matrimônio, união estável ou concubinato com uma pessoa diversa do alimentante, de modo que este fique desvinculado da obrigação. No tocante à culpa na ocasião do divórcio, após a EC n. 66/2010, aquela deixou de ter validade, desaparecendo, inclusive, na seara do direito aos alimentos.

6 A CULPA NO QUESITO ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO

A nova redação dada à Constituição Federal de 1988, com a Emenda do Divórcio, ocasionou a extinção tanto das causas sub-

jetivas (culpa) quanto das objetivas (lapso temporal), no que diz respeito ao divórcio. Não obstante, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 580),

a culpa permanecerá em seu âmbito próprio: o das hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento, a saber, a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.

Por conseguinte, afora essas hipóteses em que a culpa subsistirá, o Estado não poderá mais interferir na vida privada das famílias brasileiras, no que diz respeito à intimidade do casal que pretende se divorciar, ou, em outras palavras, saber qual o motivo, bem como quem deu causa ao divórcio.

De igual sorte ocorre quanto à prestação alimentícia. Isso porque se não é mais cabível discutir a respeito da culpa no momento da decretação do divórcio, não há, também, motivo para que tal discussão continue vigorando quanto aos alimentos. Por conseguinte, no momento da fixação dos alimentos deve prevalecer apenas o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, deve-se levar em consideração apenas a necessidade do credor e a possibilidade econômica do devedor. É preciso, ainda, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 686), levar em consideração o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, utilizando-se a justa medida daqueles dois fatores, no momento da decretação dos alimentos. Desse modo, pode-se verificar o que foi exposto anteriormente na seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO - SENTENÇA PROLATADA APÓS A EC Nº 66/2010 - EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL E REALIZAÇÃO DA PARTILHA DE BENS - PLEITO DE ALIMENTOS INDEFERIDO POR ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DE PROCEDIMENTO - INSURGÊNCIA DO VARÃO, QUE AFIRMA TER DEPENDIDO ECONOMICAMENTE DA EX-ESPOSA NO PERÍODO DE 40 (QUARENTA) ANOS EM QUE PERMANECERAM CASADOS, NÃO POSSUINDO CONDIÇÕES DE ATUALMENTE PROVER O SUSTENTO PRÓPRIO - CASAL SEPARADO DE FATO POR

LAPSO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS - POSSIBILIDADE DE A VERBA ALIMENTÍCIA SER FIXADA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO - PRECARIÉDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO APRESENTADO NA ESPÉCIE - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ACERCA DE QUE O RECORRENTE ERA QUEM FAZIA AS TAREFAS DOMÉSTICAS E CUIDAVA DA PROLE, ENQUANTO A CÔNJUGE VIRAGO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA - ALEGAÇÃO DA RECORRIDA NO SENTIDO DE QUE O EX-CONSORTE TRABALHAVA NO COMÉRCIO INFORMAL DE COISAS E ANIMAIS, AUFERINDO, AINDA, COM EXCLUSIVIDADE, O FRUTO DA LOCAÇÃO DOS BENS AMEALHADOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - DÚVIDA QUANTO AO MEIO DE SUBSISTÊNCIA DO APELANTE NO PERÍODO DA SEPARAÇÃO DE FATO - PRETENSÃO QUE DEVE SER RENOVADA EM PROCEDIMENTO AUTÔNOMO, ACOMPANHADA DA RESPECTIVA PROVA - SENTENÇA REFORMADA ANTE A VIABILIDADE DA CUMULAÇÃO DO PEDIDO DE DIVÓRCIO E ALIMENTOS - PLEITO EXAMINADO EM GRAU RECURSAL, MAS, CONTUDO, JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Após a alteração promovida pela Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio passou a constituir rompimento do vínculo da sociedade conjugal independente da discussão de culpa pelo fim do relacionamento afetivo, dispensando-se o prévio afastamento dos consortes e, inclusive, anterior declaração judicial acerca da respectiva dissolução, de modo que não há impedimento para que, juntamente com a partilha de bens e definição da guarda dos filhos, seja fixada obrigação alimentar em benefício do cônjuge que fizer prova do seu estado de necessidade, desde que igualmente demonstrado que aquele contra quem se formula o pedido pode responder pelo encargo sem prejuízo do seu sustento próprio ou de seus familiares. (TJ/SC, 696740 SC 2011.069674-0, relator: Luiz Fernando Boller, data de julgamento: 24 fev. 2012, Quarta Câmara de Direito Civil, data de publicação: Apelação Cível da Capital / Estreito).

Como se pode observar, trata-se de um cônjuge varão que dependia economicamente do cônjuge virago, situação esta incomum no Brasil, tendo em vista a sociedade ainda ter resquícios de machismo e patriarcalismo. Dessa forma, após a dissolução do vínculo matri-

monial, aquele solicitou judicialmente alimentos a seu favor, independentemente de discussão a respeito de culpa, sendo necessário, somente, a demonstração do binômio necessidade-possibilidade.

Assevera-se que, doutrinariamente, a maioria dos autores defende que a Emenda do Divórcio revogou tacitamente os dispositivos que versavam a respeito da culpa no Código Civil de 2002: arts. 1.702 e 1.704. Não obstante, com fulcro no artigo 1.708 do referido código, se o credor contrair novo matrimônio, união estável, concubinato, ou mesmo se tiver qualquer procedimento indigno em relação ao devedor, cessar-se-á seu direito de receber os alimentos.

Quanto aos filhos, deve-se alegar, contudo, que o divórcio não modificará em nada a prestação alimentícia devida a eles, mantendo, estes, o direito ao seu recebimento, bem como não se alterará a relação entre pais e filhos, como encontra-se expresso no art. 1.579 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. Uma das principais justificativas para isso seria que os filhos não podem ser prejudicados por atos relativos apenas a seus pais. Em outras palavras, as consequências decorrentes do divórcio devem atingir apenas os ex-cônjuges, não sendo motivo, porém, para quebra de vínculos familiares entre pais e filhos.

No contexto do divórcio, deve-se ressaltar que a extinção do pressuposto “culpa” na decretação daquele e dos alimentos dele advindos, portanto, tem como uma das finalidades diminuir a interferência do Estado no âmbito familiar, resguardando, assim, o direito à intimidade e à privacidade do casal em litígio, não sendo mais necessário expor os motivos do rompimento matrimonial em juízo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo pôde-se perceber que os alimentos em questão não são apenas os alimentos propriamente ditos mas também a

condição social que o ex-cônjuge, autor da ação de alimentos, possuía antes do divórcio. Dessa forma, leva-se em conta o binômio necessidade-possibilidade. Além disso, tendo por base o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, qualquer deles é parte legítima para propor a referida ação, respeitado o fato de só ser possível o pedido de alimentos atuais e futuros.

Quanto ao limite temporal existente para se propor a ação alimentícia, a legislação não versa nada a respeito. Dessa forma, será levado em consideração o binômio citado, qual seja necessidade-possibilidade, observando-se o que foi estabelecido no momento da ruptura do vínculo matrimonial, de forma que se os alimentos tiverem sido apenas dispensados, poderão ser requeridos posteriormente, quando houver necessidade. O mesmo não acontece se tiver ocorrido renúncia, pois os ex-cônjuges já estariam totalmente desvinculados, não mais havendo, assim, assistência mútua entre eles.

Assevera-se, ainda, que a extinção do pressuposto subjetivo teve como principal finalidade diminuir a intervenção do Estado no âmbito familiar, pois a discussão a respeito de quem teria sido o culpado pelo fim do matrimônio tornava aquela ocasião ainda mais dolorosa e frustrante para o casal em litígio.

Com isso, pode-se perceber que se deve respeitar a autonomia das pessoas nas decisões tomadas no decorrer de suas vidas. Sendo assim, não cabe ao Estado opinar sobre algo que diz respeito apenas a elas. No mesmo diapasão, não se pode restringir o recebimento de alimentos por aquele que esteja em necessidade, em virtude de garantir o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo-se, assim, pelo menos, o mínimo necessário para sobreviver.

NOTAS

1. Projeto de Emenda Constitucional n. 28, de 2009, usualmente denominada “PEC do Divórcio”, projeto sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. *Sobre o novo divórcio*. Disponível em: <<http://mp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2577548/sobre-o-novo-divorcio>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

———. Supremo Tribunal Federal. *STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acesso em: 6 maio 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENUNCIADOS APROVADOS III JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Direito de família e sucessões*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIjornada.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2012.

ESPAÇO VITAL. *Fixação de alimentos transitórios para a ex-cônjuge*. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2374602/fixacao-de-alimentos-transitorios-para-a-ex-conjuge>>. Acesso em: 6 maio 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Bruno Barata. *O fim da prisão do depositário infiel e a súmula*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-01/fim-prisao-civil-depositario-infiel-sumula-vinculante>>. Acesso em: 6 maio 2012.

TARTUCE, Flávio. *A emenda constitucional 66/2010 e os alimentos pós-divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=704>>. Acesso em: 6 maio 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. v. 5. São Paulo: Método, 2010.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO DE FILHO

Anderson Cavichioli

Servidor do Ministério Público da União, graduado pela
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

[...]

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

São elementos que configuram a responsabilidade civil: a) a conduta ilícita, comissiva ou omissiva; b) o dano e c) o nexo de causalidade, que estabelece o liame entre os dois primeiros.

A questão que se põe no presente estudo é saber se é possível a configuração da responsabilidade civil na hipótese de abandono afetivo de filho e, se afirmativa a resposta, em que circunstâncias.

O instituto da responsabilidade civil não é estranho ao Direito de Família tampouco ao instituto da filiação.

A título exemplificativo, pode-se mencionar a ocultação de paternidade pela mãe, privando o pai do convívio com seu filho, ou mesmo recusa injustificada de reconhecimento de filho, situações que, a depender do caso concreto, podem gerar o direito à indenização.

Acerca da responsabilidade civil no Direito de Família discorre Inacio de Carvalho Neto (2009, p. 19):

No âmbito da família, contudo, também se desenvolvem abusos; situações anormais, que causam danos. É de Ripert a afirmação de que o dano que ontem inclinava para o nefasto azar, hoje intenta encontrar seu autor, e a infactível e conformada resignação cede espaço para a responsabilidade civil, quer pelo prejuízo material, quer incida o dano sobre valores imateriais.

Logo, não se pode excluir aprioristicamente a hipótese de responsabilidade civil do âmbito das relações familiares, inclusive no que diz res-

peito à filiação, objeto do presente estudo. Assim, é cabível, em tese, a responsabilidade civil decorrente de violação dos deveres inerentes à filiação. Remanesce apenas a indagação: em que circunstâncias?

3 O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico e vem expresso no art. 1º, III, do Texto Maior.

Para Flávia Piovesan (2008, p. 52):

É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa da interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Direito Interno.

Dessa forma, o superprincípio da dignidade da pessoa humana condiciona a interpretação de todo o ordenamento jurídico, principalmente dos institutos próprios do Direito de Família, em que se dão as relações mais sensíveis à natureza humana.

Por essa razão, Águida Arruda Barbosa (2009, p. 2) salienta:

No entanto, foi pela ótica do sentimento que o ser humano passou a apreender as relações familiares, a partir da década de 60, no pós-guerra, pós-nazismo, enfim, na pós-modernidade, num movimento de ampla abertura para o conhecimento, daí buscar fundamento na interdisciplinaridade, valorando-se o afeto como bem jurídico a ser tutelado pelo Direito.

[...]

O *revival* ou *retour des sentiments* foi uma reação em prol da vivificação dos direitos humanos e dos direitos

da personalidade. Na essência, trata-se, enfim, de um movimento de permissividade de narrar e comunicar a emocionalidade no discurso jurídico, impensável na doutrina norteadora pelo racionalismo, na modernidade.

No mesmo sentido, Maria Luiza Póvoa Cruz (2009, p. 228):

Direito de Família contemporâneo: dignidade da pessoa humana, solidariedade, afeto e cidadania: São esses novos valores que vêm contribuindo, impulsionando a evolução, extremamente positiva e humanitária do Direito de Família.

Portanto, indubitável que o Direito de Família deve ser interpretado de forma a preservar a dignidade da pessoa humana, como vetor axiológico inarredável.

4 O ESTADO DE FILIAÇÃO E A VEDAÇÃO DO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO

O instituto da filiação está previsto nos arts 1.596 a 1.606 do Código Civil de 2002.

Flávio Tartuce (2011, p. 1110) define a filiação como “a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos”.

Devido à enorme importância, convém registrar que a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu art. 227, § 6º, que os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e o da máxima efetividade dos direitos fundamentais permitem concluir que o mencionado dispositivo constitucional veda não apenas o tratamento

discriminatório designativo *entre* filhos mas todo e qualquer tratamento discriminatório *em relação* ao filho, seja ele único ou não.

Em outros termos, o alcance do comando constitucional não se limita à vedação da discriminação apenas no tocante à designação do filho (bastardo, adulterino, entre outros termos discriminatórios), mas a *toda e qualquer forma de discriminação em relação ao filho*, inclusive, no que concerne à origem do vínculo da filiação.

Por isso, pertinente a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2011, p. 564), que assim se referem ao instituto da filiação:

É que a filiação pode decorrer da carga genética transmitida, mas, por igual, pode defluir, ainda, da relação convivencial (do carinho, dos conselhos, dos ensinamentos...) estabelecida entre as pessoas. E, efetivamente, não é possível determinar qual desses vínculos se mostra mais forte, sempre dependendo das circunstâncias concretas.

Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta *entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal*.

Daí ser possível afirmar que a vedação do tratamento discriminatório em relação aos filhos tem sede constitucional e é ampla e absoluta.

5 PROVA DO ESTADO DE FILIAÇÃO E OS INTEGRANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA

O presente estudo pretende abordar a possibilidade de caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo de filho, como dito alhures.

Logo, pressuposto para a análise do tema é que não haja dúvidas sobre a filiação.

A prova do estado de filiação ocorre, nos termos do art. 1.603 do Código Civil, pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

O registro de nascimento produz uma presunção de filiação quase absoluta, pois apenas pode ser invalidado caso se prove que houve erro ou falsidade. Com isso, a declaração do nascimento do filho é irrevogável, o que igualmente se aplica aos filhos havidos fora do casamento (Código Civil, art. 1.609).

Também admite o Código Civil a prova da filiação por qualquer outro meio admissível em Direito quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente ou quando existirem veementes presunções de fatos já certos (Código Civil, art. 1.605), rol que, à evidência, não é taxativo, bastando lembrar do exame pericial (DNA).

É exatamente da redação do art. 1.605 do Código Civil que a doutrina extrai a *tese da posse de estado de filho*, vale dizer, a notoriedade e exteriorização de uma relação paterno/materno-fraternal (CHAVES; ROSENVALD, 2001, p. 569).

Consoante salientam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 570):

O papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais direito e mais vida ao Direito.

É reconhecida, pois, a posse do estado de filho como mecanismo de estabelecimento de filiação, figurando ao lado das demais hipóteses previstas em lei de estabelecimento do estado de filho.

A tese da posse de estado de filho serve para determinar o vínculo de filiação por meio do comportamento dispensado no cotidiano, da afetividade. Enfim, caracteriza a paternidade/maternidade socioafetiva.

Portanto, pressuposto do objeto do presente estudo é que a filiação esteja provada.

Também é preciso definir quem são os integrantes da relação jurídica de filiação para que, posteriormente, seja possível definir quem pode eventualmente ser responsabilizado pelo descumprimento dos deveres decorrentes dessa relação.

Na relação de filiação, de um lado, estarão o(s) pai(s) e/ou a(s) mãe(s). Cabe mencionar que o plural nos termos pai e mãe deve-se à referência às famílias constituídas de relações homoafetivas.

De outro lado, figurarão os filhos, seja por vínculo biológico, seja por adoção, seja decorrente da afetividade.

Nesse ponto, é preciso delimitar se o termo “abandono de filho”, caracterizador de eventual responsabilidade civil, abrange apenas filhos menores ou, também, os maiores. Vejamos.

O poder familiar pressupõe a menoridade dos filhos, como evidencia o Código Civil em seus arts. 1.630 e 1.634, *caput*:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:[...]

Portanto, com o fim da menoridade (Código Civil, art. 5^º3), cessa também o poder familiar e as atribuições e deveres dos pais com relação aos filhos menores.

Com efeito, tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente reputam que o filho, ao alcançar a maioridade, atingiu a plenitude de seu desenvolvimento, sendo capaz, por conseguinte, de seguir seus passos independentemente do auxílio material ou afetivo dos pais, não havendo falar, assim, em abandono afetivo em relação aos filhos maiores.

A corroborar tal afirmação, com a cessação da menoridade, finda até mesmo o dever de prestar alimentos aos filhos com base no poder familiar, embora, consoante registre a jurisprudência pátria, o dever persista, entretanto com fundamento nas relações de parentesco (Código Civil, art. 1.698), desde que comprovada a necessidade do alimentado. Confira-se:

[...] O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado⁴.

Em conclusão, o abandono afetivo de filho caracteriza-se apenas em relação aos filhos durante a menoridade, o que, todavia, não impede o filho de, ainda que atingida a maioridade, pleitear eventual indenização, pois as marcas do abandono afetivo durante o processo de sua formação o acompanharão por toda sua existência.

Deve ser observado, contudo, o prazo prescricional para o ajuizamento da demanda, dada sua natureza indenizatória e, por conseguinte, patrimonial.

Segundo a jurisprudência⁵, o prazo prescricional é o previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, ou seja, três anos contados da maioridade, observada, ainda, a regra de transição prevista no art. 2.028 do referido diploma legal.

6 ATRIBUIÇÕES E DEVERES DECORRENTES DA FILIAÇÃO: O CONTEÚDO MÍNIMO DO DEVER DE CUIDADO DOS FILHOS MENORES

O instituto da filiação, vedada qualquer forma de discriminação *em relação* aos filhos, reprise-se, impõe direitos e deveres a todos os envolvidos na mencionada relação jurídica.

O Código Civil assim dispõe sobre o tema:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I. dirigir-lhes a criação e educação;
- II. tê-los em sua companhia e guarda;
- III. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV. nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V. representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

A disciplina normativa constante do Código Civil, em especial do art. 1.634 anteriormente mencionado, todavia, não traduziu o impacto que anteriormente se fez sentir no ordenamento pátrio com a Constituição Federal de 1988, que expressamente dispôs:

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

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[...]

Art. 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.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), por seu turno, prescreve, *in verbis*:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

[...]

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

[...]

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

[...]

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Trata-se da adoção da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, vetor interpretativo da legislação civilista acerca do poder familiar.

Com efeito, a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente reclama a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses.

Portanto, é necessário ter em vista que a análise da legislação acerca do poder familiar deve ocorrer sob o manto do princípio da proteção integral, o que significa posicionar a criança e o adolescente como sujeitos de direito e não como objeto do poder familiar.

Pertinente a lição de Paulo Lobo (2009, p. 168):

A concepção da criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeito de direitos redirecionou a primazia para si, máxime por força do princípio constitucional da prioridade absoluta (art. 227 da Constituição) de sua dignidade, de seu respeito e convivência familiar, que não podem ficar comprometidos com a separação de seus pais.

Os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima elencados impõem aos pais diversos deveres e atribuições e compõem o *conteúdo mínimo* do que pode ser chamado *dever de cuidado dos filhos menores*.

Trata-se, na perspectiva da criança e do adolescente como sujeito de direitos, de atribuir-lhes direitos que permitam seu pleno desenvolvimento sob diversos planos: físico, mental, moral, espiritual, social e afetivo.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO DE FILHOS MENORES

Como dito anteriormente, o dever de indenizar, como um dever jurídico sucessivo ou secundário, pressupõe a violação de um dever

jurídico originário ou primário, sendo que este, no âmbito do presente estudo, corresponde ao dever de cuidado dos filhos menores.

Daí ser possível afirmar que a referência à expressão “abandono afetivo” diz respeito, em verdade, ao malferimento do conteúdo mínimo do dever de cuidado dos filhos menores.

Registre-se, contudo, que a doutrina brasileira não é pacífica quanto à responsabilidade civil na hipótese de abandono afetivo.

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2011, p. 576-577) ponderam:

A simples violação de um dever decorrente da norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Exatamente por isso, não admitimos que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral.

[...] Afeto, carinho, amor, atenção...são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica.

Em sentido diverso, Maria Berenice Dias (2005, p. 436-405), fazendo referência à paternidade responsável, salienta⁶:

O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

[...]

Comprovado que a falta de convívio pode gerar sequelas, a ponto de comprometer seu desenvolvimento pleno e saudável, a omissão do pai gera dano moral suscetível de ser indenizado.

[...]

Profunda a reviravolta que produziu, não só na Justiça, mas nas próprias relações entre pais e filhos, a nova tendência da

jurisprudência que passou a impor ao pai o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia. Imperioso reconhecer o caráter pedagógico dessa postura jurisprudencial, despertando a atenção para o significado do convívio.

No mesmo sentido posiciona-se Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 196 -197):

A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Em ausência deste cuidado, com prejuízos necessários à integridade de pessoas a quem o legislador atribuiu prioridade absoluta, pode haver dano moral a ser reparado.

De fato, a importância paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória sua imprescindibilidade — assim como o é a da figura materna — para a adequada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: Ou se tem pais, ou se tem ausência de pais. Quanto este último caso ocorrer, estará caracterizado um dano moral a ser ressarcido.

E ainda Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, p. 141-142):

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio de grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma que ela possa, no futuro, assumir a plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

A ausência injustificada do pai origina — em situações corriqueiras — evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só de afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

O que se percebe é que a divergência doutrinária acerca do tema assenta-se na dificuldade de estabelecer soluções padronizadas para casos que podem assumir contornos absolutamente diversos.

Com efeito, não basta a mera omissão de afeto que fatalmente ocorre por vezes no cotidiano das relações familiares para que se configure a responsabilidade civil.

Afeto, carinho e atenção são expressões que não podem ser impostas como conduta jurídica. Nascem e se exteriorizam de forma voluntária.

Contudo, quando o abandono afetivo configura violação do conteúdo mínimo do dever de cuidado dos filhos menores, a conduta passa a ser ilícita.

A ilicitude decorre do comportamento negligente com o filho, impondo-lhe a ausência da figura paterna/materna, causando não apenas a sensação de abandono mas também e principalmente a sensação de rejeição, apta a acarretar transtornos à sua conformação psíquica, comprometendo o direito ao desenvolvimento pleno e saudável.

Nesse contexto é que se caracterizará o comportamento culposo, em sua modalidade omissiva, imprescindível à configuração da responsabilidade civil.

Invoca-se, mais uma vez, a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2006, p. 143):

Como o caso é de abandono afetivo, com a concomitante inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-filial, configurar-se-á culpa em sua modalidade omissiva.

Desta forma, na conduta omissiva do pai ou da mãe (não guardião) estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar.

Em outras palavras, para que se possa falar em responsabilidade civil por abandono afetivo, é preciso que ocorra a violação do conteúdo mínimo do dever de cuidado dos filhos menores, capaz de gerar-lhes dano à higidez de seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, decorrente (nexo causal) de um comportamento negligente (conduta culposa na modalidade omissiva), com plena adequação ao disposto nos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil.

Alerte-se, porém, que a aferição do comportamento ilícito não pode ser meramente subjetiva, mas deve ser antes de tudo objetiva, apurada circunstancialmente, merecendo análise de elementos como: presença, mormente em datas marcantes (como, por exemplo, em aniversários); contatos presenciais ou não; tratamento dispensado ao filho; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos — quando existirem —, entre outras circunstâncias.

Deve-se levar em consideração ainda, situações que não caracterizam violação ao dever de cuidado (excludentes de ilicitude), pois configuradoras da impossibilidade de sua prestação, tais como adoecimento prolongado dos pais, a alienação parental por quem a sofra (Lei n. 12.318/2010), limitações financeiras, distância geográfica, entre outras.

O dano pode ser comprovado por laudo formulado por especialista que indique a existência de uma doença psicológica e a vincule, no todo ou em parte, à violação ao dever de cuidado do pai ou da mãe.

Em suma, deve-se avaliar, em cada caso concreto, se há uma conduta ilícita, a ocorrência efetiva de dano e o nexo de causalidade que os vincula.

Portanto, não se trata de penalizar os infratores por não demonstrarem a dose necessária de amor tampouco de monetarizar as relações afetivas, mas de avaliar, sempre mediante análise criteriosa da situação concreta submetida à apreciação do Poder Judiciário, a conduta dos pais em relação a seus filhos no que tange ao dever de cuidado.

8 A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA

Como salientado no início do artigo, o principal objetivo do estudo é a análise das bases teóricas da decisão proferida no DJe de 10 de maio de 2012, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, representativa de alteração da jurisprudência até então predominante.

A referida Corte Superior de Justiça negava a possibilidade de responsabilidade civil no caso de abandono afetivo de filho.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido .

No mesmo sentido: STJ, REsp 514.350/SP, 4ª Turma, relator ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 25 set. 2009.

Vê-se que referida orientação, prevalente na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, negava aprioristicamente a responsabilidade civil nas hipóteses de abandono afetivo de filho.

Entretanto, em decisão recentíssima, a Terceira Turma da mesma Corte Superior proferiu decisão no sentido da possibilidade de responsabilidade civil quando o abandono afetivo caracterize violação ao conteúdo mínimo do dever de cuidado dos filhos.

Pela importância, convém transcrever a ementa do aresto :

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia — de cuidado — importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes — por demandarem revolvimento de matéria fática — não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

A referida decisão caminhou no sentido de averiguar as particularidades do caso concreto, sem afirmar ou negar aprioristicamente a possibilidade de responsabilidade civil no caso de abandono afetivo de filho. Em outras palavras, aferiu-se a ocorrência, no caso particular, dos elementos da responsabilidade civil, sendo a conclusão no sentido de haver, na espécie, o dever jurídico sucessivo ou secundário de indenizar, devido à violação do dever jurídico originário ou primário de cuidar.

Dada a relevância, convém registrar as palavras constantes do voto-condutor proferido no julgamento do apelo especial que ora se analisa:

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção — alimento, abrigo e saúde —, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação — educação, lazer, regras de conduta, etc.

[...]

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

[...]

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

[...]

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia — de cuidado — importa em vulneração da imposição legal.

Embora ainda não seja possível afirmar que o aresto cujos excertos foram transcritos acima represente o entendimento remansoso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, pois o posicionamento da Quarta Turma do mesmo tribunal aponta para direção diversa e, considerando-se, ainda, que mesmo o referido acórdão não fora unânime, é possível antever que outros órgãos jurisdicionais brasileiros passarão a seguir essa orientação, pois o precedente é relevante e se coaduna com parcela considerável da doutrina pátria, consoante demonstrado anteriormente.

9 CONCLUSÕES

- I. O instituto da responsabilidade civil não é estranho ao Direito de Família tampouco ao instituto da filiação. É cabível, em tese, a responsabilidade civil decorrente de violação aos deveres inerentes à filiação.
- II. O superprincípio da dignidade da pessoa humana condiciona a interpretação de todo o ordenamento, inclusive e principalmente dos institutos próprios do Direito de Família, onde se dão as relações mais sensíveis à natureza humana.
- III. Os princípios da dignidade da pessoa humana e o da máxima efetividade dos direitos fundamentais permitem concluir que o art. 227, § 6º, da Constituição Federal veda não apenas o tratamento discriminatório designativo entre filhos mas todo e qualquer tratamento discriminatório em relação ao filho.
- IV. A possibilidade de caracterização da responsabilidade civil por abandono afetivo de filho pressupõe que não haja dúvidas sobre a filiação, que deve estar provada.
- V. Na relação de filiação, de um lado, estarão o(s) pai(s) e/ou a(s) mãe(s) (os termos pai e mãe são utilizados no plural para não olvidar as famílias constituídas a partir de relações homoafetivas). De outro lado, figurarão os filhos menores, seja o vínculo biológico por adoção, seja decorrente da afetividade.
- VI. A maioria não impede o filho afetivamente negligenciado de pleitear eventual indenização, pois as marcas do abandono durante o processo de sua formação o acompanharão por toda sua existência. Deve-se observar, contudo, o prazo prescricional trienal, contado da maioridade.
- VII. A análise da legislação acerca do poder familiar deve ocorrer sob o manto do princípio da proteção integral, o que significa

posicionar a criança e o adolescente como sujeitos de direito e não apenas como objeto do poder familiar.

- VIII. As atribuições e deveres decorrentes da filiação previstos na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente integram o conteúdo mínimo do dever de cuidado dos filhos menores. Trata-se, na perspectiva da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, de atribuir-lhes direitos que permitam seu pleno desenvolvimento, sob diversos planos: físico, mental, moral, espiritual, social e afetivo.
- IX. O dever de indenizar, como um dever jurídico sucessivo ou secundário, pressupõe a violação de um dever jurídico originário ou primário, sendo o último, no presente estudo, o dever de cuidado dos filhos menores. Caso violado, dará ensejo a eventual responsabilidade civil. A referência à expressão “abandono afetivo” diz respeito, em verdade, ao malferimento do conteúdo mínimo do dever de cuidado dos filhos menores.
- X. A doutrina brasileira não é pacífica quanto à responsabilidade civil na hipótese de abandono afetivo.
- XI. Não basta a mera omissão de afeto para que se configure a responsabilidade civil. É preciso que o abandono afetivo configure violação do conteúdo mínimo do dever de cuidado dos filhos menores.
- XII. A ilicitude decorre do comportamento negligente com o filho, impondo-lhe a ausência da figura paterna/materna apta a acarretar transtornos à sua conformação psíquica, comprometendo o direito ao desenvolvimento pleno e saudável.
- XIII. A aferição do comportamento culposos não pode ser meramente subjetiva, mas deve ser antes de tudo objetiva, apurada circunstancialmente. Deve-se levar em consideração situações que não caracterizam violação ao dever de cuidado (excludentes de ilicitude), pois configuradoras da impossibilidade de sua prestação.

- XIV. O dano pode ser comprovado por laudo formulado por especialista que indique a existência de uma doença psicológica e a vincule, no todo ou em parte, à violação ao dever de cuidado do pai ou da mãe.
- XV. Deve-se avaliar, em cada caso concreto, se há uma conduta ilícita, a ocorrência efetiva de dano e o nexo de causalidade que os vincula.
- XVI. Embora ainda não seja possível afirmar que o aresto proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a possibilidade de responsabilidade civil por dano moral decorrente de abandono afetivo de filho, represente o entendimento remansoso da jurisprudência da Corte Superior acerca do tema, é possível antever que outros órgãos jurisdicionais passarão a seguir referida orientação, que se coaduna com significativa parcela da doutrina brasileira.

NOTAS

1. REsp 1.159.242/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe, 10 mai 2012. Nesse sentido: TJ/RS, Apelação Cível 70021427695, 8ª Câmara Cível, rel. des. Claudir Fidélis Faccenda, DJ, 7 dez. 2007; TJ/SP, Apelação Cível 9066223-40.2004.8.26.0000 (994.04.028104-9), 7ª Câmara de Direito Privado B, rel. des. Daise Fajardo Nogueira Jacot, DJe, 20 jan. 2009; TJ/DFT, Apelação Cível 2009011011482-0 (0078084-31.2009.807.0001), 2ª Turma Cível, rel. des. J J Costa Carvalho, DJe, 27 abr. 2011.
2. CAVALIERI FILHO, 2005, p. 23-24
3. Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença

do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

4. STJ, 3ª Turma, REsp 1.218.510/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 3 set. 2011.
5. Nesse sentido: TJ/RS, Apelação Cível 70028673572, 7ª Câmara Cível, rel. des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DJ, 6 out. 2009 e TJ/SP, Apelação Cível 0060063-16.2008.8.26.0000 (994.08.060063-3), 6ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Roberto Solimene, DJe, 29 jul. 2010.
6. DIAS, 2005, p. 403-405.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Introdução ao Estatuto das Famílias. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord. e coautor). *Código das famílias comentado: de acordo com o estatuto das famílias* (PLN n. 2.285/07). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

CRUZ, Maria Luíza Póvoa. Artigos 1.596 a 1.606 CC. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord. e coautor). *Código das*

famílias comentado: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n. 2.285/07). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva e outro (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva e outro (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (Org). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O VELAMENTO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Roberto Moreira de Almeida

Membro do Ministério Público Federal perante o Tribunal Regional Federal em Recife-PE (Procurador Regional da República/5ª Região). Especialista, mestre e doutorando em Direito. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Lusíada (Porto/Portugal) e em Direitos Humanos pela United Nations Interregional Crime and Justice Research (UNICRI) (Turim/Itália). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), da Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco (ESMAPE), da Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (ESMA/PB) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba (FESMIP/PB).

1 INTROITO

2 As fundações no ordenamento jurídico brasileiro

2.1 Conceito

2.2 Natureza jurídica

2.3 Finalidade

2.4 Criação, alteração dos estatutos e extinção das fundações

3 Velamento das fundações privadas pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Legitimidade pelo velamento

3.2 Atribuições de velamento

4 Conclusões

O Ministério Público brasileiro, segundo o *caput* do art. 127 da Constituição Federal, foi concebido como sendo a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Na seara da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) atribuiu ao *Parquet* a responsabilidade para zelar desde a criação, promover o velamento e providenciar a extinção das fundações de direito privado no ordenamento jurídico brasileiro.

É sobre esses importantes papéis desempenhados pelo Ministério Público como Curador das Fundações, ou seja, como procurador ou promotor, nos moldes traçados pelo Código Civil, que discorreremos no presente ensaio.

2 AS FUNDAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Conceito

De acordo com Clóvis Beviláqua (1955, p.117), as fundações “consistem em complexos de bens dedicados à consecução de certos fins e, para esse efeito, dotados de personalidade”.

Segundo a cátedra de Maria Helena Diniz (2011, p. 270), as fundações particulares “são universalidades de bens personalizados pela ordem jurídica, em consideração a um fim estipulado pelo instituidor, sendo este objetivo imutável e seus órgãos servientes, pois todas as resoluções estão delimitadas pelo instituidor”.

Arnold Wald (1992, p.162) nos dá o seguinte conceito: “a fundação é a destinação de um ou diversos bens para uma obra de interesse da coletividade ou de determinado grupo ou classe”.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 207), as fundações “constituem um acervo de bens, que recebe personalidade jurídica para realização de fins determinados, de interesse público, de modo permanente e estável”.

Conforme lição de Orlando Gomes (1996, p. 192), “a fundação é pessoa jurídica de tipo especial, pois não se forma pela associação de pessoas físicas; nem é obra de um conjunto de vontades, mas de um só; é, em síntese, um patrimônio destinado a um fim”.

As fundações ou estabelecimentos de utilidade pública¹, em nosso pensar, são universalidades de bens (*universitas bonorum*), dotadas de personalidade jurídica e destinadas ao cumprimento de determinados fins indicados pelo instituidor.

2.2 Natureza jurídica

As fundações podem ser classificadas em privadas e públicas, a depender, sobretudo, da forma pela qual foram instituídas e das atividades por elas desempenhadas.

As fundações particulares², assim como as associações, as sociedades, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, nos termos do art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado. São instituídas por pessoas físicas, por ato *inter vivos* (escritura pública) ou de última vontade (*causa mortis* — testamento público, cerrado ou par-

ticular), bem como por outras entidades privadas, para o desempenho de atividades de caráter social.

As fundações públicas³, por seu turno, são instituídas e mantidas pelo poder público para o desempenho de uma atividade tipicamente estatal. Tal qual disposto no inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, são criadas mediante autorização legislativa e dotadas de personalidade jurídica de direito público.

Para a verificação da natureza jurídica de uma fundação, se pública ou privada, há de se perquirir pela presença de dois elementos essenciais, isto é, a forma de sua instituição e a atividade que tal entidade desempenha. Nesse diapasão, decidi o colendo Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO. FUNDAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA.

A natureza jurídica das fundações está diretamente relacionada à forma de sua criação e às atividades que desenvolve. Embora ostentem, em qualquer hipótese personalidade jurídica de Direito Privado, serão públicas as fundações criadas diretamente por lei específica, não dedicadas à exploração de atividade econômica, e privadas aquelas instituídas em razão de autorização específica do Poder Público, na forma da lei. No caso concreto, encontrando-se revelados nos autos os pressupostos necessários ao reconhecimento da natureza pública da fundação, não há como negar-lhe os benefícios elencados no Decreto-lei 779/69. Recurso de revista conhecido e provido (TST, Recurso de Revista, relator: Lelio Bentes Corrêa, data de julgamento: 6/9/2006, 1ª Turma, data de publicação: DJ 29/9/2006).

2.3 Finalidade

Com o advento do Código Civil de 2002, as fundações particulares somente poderão ser constituídas para o desempenho de fins reli-

giosos, morais, culturais ou de assistência (art. 62, parágrafo único), ou seja, atividades assistenciais e filantrópicas, ambas de interesse público. Com efeito, sobre a necessidade de tais pessoas jurídicas se destinarem sempre a fins nobres e públicos, jamais a interesses particulares, vaticinou Maria Helena Diniz⁴: “A fundação deve almejar a consecução de fins nobres, para proporcionar a adaptação à vida social, a obtenção da cultura, do desenvolvimento intelectual e o respeito dos valores espirituais, artísticos, materiais ou científicos. Não pode haver abuso, desvirtuando-se os fins fundacionais para atender a interesses particulares do instituidor, por exemplo”.

2.4 Criação, alteração dos estatutos e extinção das fundações

2.4.1 Criação

Segundo reza a parte inicial do *caput* do art. 45 do Código Civil, inicia a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo.

Pode-se asseverar, portanto, que duas são as fases para a criação das pessoas jurídicas particulares em geral: a) primeira fase: elaboração dos atos constitutivos; e b) segunda fase: registro dos atos constitutivos perante o órgão competente.

As fundações de direito privado, por seu turno, para serem instituídas, não percorrem apenas duas fases, mas quatro, a saber: a) primeira fase: ato de dotação ou de instituição; b) segunda fase: elaboração dos estatutos; c) terceira fase: aprovação do estatuto; e d) quarta fase: registro. Vejamos, sucintamente, cada um desses momentos:

◇ Ato de dotação ou de instituição: faz-se necessário, como determina o art. 62 do CC, que o instituidor, por ato *inter vivos* (por meio de escritura pública) ou *causa mortis* (por meio de testamento), reserve ou destine bens livres (móveis ou imóveis), desembaraçados (sem ônus,

gravames ou encargos) e suficientes⁵ de seu domínio e indique os fins a que se destina a entidade fundacional a ser criada, bem como a forma pela qual deseja que seja administrada.

- ◇ Elaboração dos estatutos: o estatuto⁶ da fundação poderá ser edificado pelo próprio instituidor (elaboração direta) ou por pessoa por ele designada (elaboração fiduciária)⁷.
- ◇ Aprovação do estatuto: caberá ao Ministério Público aprovar o estatuto⁸ bem como velar pela fundação.
- ◇ Registro⁹: somente após o registro dos estatutos perante o Registro Civil das Pessoas Jurídicas do domicílio em que situada é que passa a ter a fundação existência legal.

Percorridos rigorosamente todos esses trâmites acima descritos, ter-se-á por criada uma fundação privada no Brasil.

2.4.2 Alteração dos estatutos

Carlos Alberto Bittar¹⁰, fazendo distinção entre o modo de alteração dos estatutos das sociedades civis, das sociedades empresárias e das associações com o das fundações, lecionou:

Enquanto são as sociedades e associações governadas por seus sócios ou associados, em consonância com as diretrizes postas no seu documento constitutivo, mas alteráveis pelo consenso da maioria, as fundações seguem as diretrizes postas pela vontade do instituidor, que aos órgãos da instituição cabe observar, submetendo-se, ademais, a controle estatal.

Outrossim, qualquer alteração do estatuto de uma fundação, não obstante não poder contrariar a vontade do instituidor, haverá de se submeter a três requisitos: a) deliberação por dois terços dos gestores e/ou representantes legais; b) não poderá contrariar ou desvirtuar os fins a que se destina; e c) aprovação pelo Ministério Público ou, em caso de denegação deste, de suprimento judicial (CC, art. 67, I a III).

O Código Civil de 1916, diversamente, não exigia deliberação de dois terços (maioria qualificada) dos responsáveis por gerir e representar a fundação para a alteração de seu estatuto, mas a simples aquiescência da maioria absoluta dos gestores ou representantes legais (mais da metade do total).

Hodiernamente, por outro ângulo, de acordo com o art. 68 do Código Civil de 2002, quando a alteração estatutária fundacional não houver sido aprovada por votação unânime, os administradores, ao submeterem o novo estatuto ao órgão do Ministério Público para aprovação, requererão que se dê ciência à minoria vencida, a qual, se o quiser, poderá, no prazo de dez dias, impugná-lo.

No que concerne à inalterabilidade dos fins ou objetivos, salvo disposição em contrário fixada pelo próprio instituidor, bem como sobre a inalienabilidade dos bens da entidade, mesmo sendo todos os gestores ou responsáveis legais favoráveis à alteração do estatuto ou à alienação dos respectivos bens, oportuna a lição de Carlos Roberto Gonçalves¹¹:

Os fins ou objetivos da fundação não podem, todavia, ser modificados, nem mesmo pela vontade unânime de seus dirigentes. São inalteráveis, porque somente o instituidor pode especificá-los e sua vontade deve ser prestigiada (CC, art. 62). Não podem aqueles também alienar¹², por qualquer forma, os bens da fundação, que são inalienáveis, porque sua existência é que assegura a concretização dos fins visados pelo instituidor, salvo determinação em sentido diferente pelo instituidor.

2.4.3. Extinção

Dispõe o art. 69 do Código Civil, *in verbis*:

Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em

contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

Destarte, duas são as formas ou casos de extinção de uma fundação: a) quando vencer o prazo de sua existência; e b) quando se tornar ilícita, impossível ou inútil a sua finalidade. Vejamos:

- I. fundações instituídas por prazo determinado (raras): serão consideradas extintas a partir da implementação do termo final de sua existência; e
- II. fundações criadas por prazo indeterminado (comuns): não havendo prazo fixado para sua existência, poderão ser extintas quando ilícita, impossível ou de inútil finalidade.

A extinção da fundação, nos casos mencionados, fica a depender, todavia, da iniciativa do Ministério Público ou de outro interessado. Com a decretação judicial da extinção da entidade, há de se incorporar o patrimônio apurado, por decisão judicial, a outra fundação de fim igual ou semelhante, salvo destinação diversa pelo instituidor no ato constitutivo.

A propósito, acerca da extinção das fundações de direito privado no Brasil e a destinação de seu patrimônio, bastante lúcidas as palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 365):

Decretada a extinção, por sentença, surge a questão do destino de seu patrimônio, a cuja solução não tem cabida a invocação estrita dos princípios reguladores do mesmo problema, no que tange às sociedades ou associações. Em primeiro lugar, manda a lei que se observe a vontade do instituidor, dando-se aos bens o destino que por ele tiver sido determinado no ato fundacional. Na falta de indicação precisa, recorre-se ao disposto no estatuto, que é a norma de conduta específica da entidade, e, elaborado segundo as prescrições legais, governa a vida do ente. No silêncio de um e de outro, o acervo patrimonial será incorporado a alguma outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fins iguais ou semelhantes. Nunca será possível a distribuição ou partilha do acervo em proveito particular, nem é facultado aos dirigentes ou

à assembleia que deliberou a extinção resolver ao seu alvedrio o destino do patrimônio. Se não existir outra fundação em condições de recolher os bens da extinta, a invocação dos princípios gerais concluirá pela sua vacância, e, tornados então vagos, devolvem-se à Fazenda estadual como todos os dessa natureza.

3 VELAMENTO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Legitimidade pelo velamento

Segundo o dicionário Aulete, velador é quem fiscaliza ou vigia. Nessa condição, o Código Civil brasileiro, no *caput* e § 2º do art. 66, reza: “Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas. § 2º. Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público”. Vê-se, destarte, que incumbe ao *Parquet* do estado-membro o velamento das fundações privadas nos respectivos limites territoriais.

Questão polêmica, contudo, surgiu quanto ao velamento das fundações privadas localizadas no Distrito Federal ou em territórios federais¹³. De fato, seria tal mister da alçada do Ministério Público Federal (MPF) ou do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT)?

O § 1º do art. 66 do CC foi redigido com a seguinte redação: “Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal”.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, quando do julgamento da ADI n. 2794-8, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo supratranscrito e se deliberou pela referida atribuição ao MPDFT. A decisão está assim ementada:

EMENTA:

I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas “associações de associações” - do rol dos legitimados à ação direta.

2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de “associados efetivos” ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria -, o que bastaria a satisfazer a antiga jurisprudência restritiva.

II. ADIn: pertinência temática.

Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional da entidade requerente e a questão constitucional objeto da ação direta, que diz com a demarcação entre as atribuições de segmentos do Ministério Público da União - o Federal e o do Distrito Federal.

III. ADIn: possibilidade jurídica, dado que a organização e as funções institucionais do Ministério Público têm assento constitucional.

IV. Atribuições do Ministério Público: matéria não sujeita à reserva absoluta de lei complementar: improcedência da alegação de inconstitucionalidade formal do art. 66, *caput* e § 1º, do Código Civil (L. 10.406, de 10.1.2002).

1. O art. 128, § 5º, da Constituição, não substantiva reserva absoluta à lei complementar para conferir atribuições ao Ministério Público ou a cada um dos seus ramos, na União ou nos Estados-membros.

2. A tese restritiva é elidida pelo art. 129 da Constituição, que, depois de enumerar uma série de “funções institucionais do Ministério Público”, admite que a elas se acresçam a de “exercer

outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

3. Trata-se, como acentua a doutrina, de uma “norma de encerramento”, que, à falta de reclamo explícito de legislação complementar, admite que leis ordinárias — qual acontece, de há muito, com as de cunho processual — possam aditar novas funções às diretamente outorgadas ao Ministério Público pela Constituição, desde que compatíveis com as finalidades da instituição e às vedações de que nelas se incluem “a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas”.

V - Demarcação entre as atribuições de segmentos do Ministério Público — o Federal e o do Distrito Federal. Tutela das fundações. Inconstitucionalidade da regra questionada (§ 1º do art. 66 do Código Civil) —, quando encarrega o Ministério Público Federal de velar pelas fundações, “se funcionarem no Distrito Federal”.

1. Não obstante reserve à União organizá-lo e mantê-lo — é do sistema da Constituição mesma que se infere a identidade substancial da esfera de atribuições do Ministério Público do Distrito Federal àquelas confiadas ao MP dos Estados, que, à semelhança do que ocorre com o Poder Judiciário, se apura por exclusão das correspondentes ao Ministério Público Federal, ao do Trabalho e ao Militar.

2. Nesse sistema constitucional de repartição de atribuições de cada corpo do Ministério Público — que corresponde substancialmente à distribuição de competência entre Justiças da União e a dos Estados e do Distrito Federal — a área reservada ao Ministério Público Federal é coextensiva, *mutatis mutandis* àquela da jurisdição da Justiça Federal comum e dos órgãos judiciários de superposição — o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça — como, aliás, já o era sob os regimes anteriores.

3. O critério eleito para definir a atribuição discutida — funcionar a fundação no Distrito Federal — peca, a um só tempo, por escassez e por excesso.

4. Por escassez, de um lado, na medida em que há fundações de direito público, instituídas pela União — e, portanto,

integrantes da Administração Pública Federal e sujeitas, porque autarquias fundacionais, à jurisdição da Justiça Federal ordinária, mas que não tem sede no Distrito Federal.

5. Por excesso, na medida em que, por outro lado, a circunstância de serem sediadas ou funcionarem no Distrito Federal evidentemente não é bastante nem para incorporá-las à Administração Pública da União — sejam elas fundações de direito privado ou fundações públicas, como as instituídas pelo Distrito Federal —, nem para submetê-las à Justiça Federal.

6. Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 66 do Código Civil, sem prejuízo, da atribuição ao Ministério Público Federal da veladura pelas fundações federais de direito público, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos eventuais Territórios.

Destarte, após a decisão emanada do Pretório Excelso, acima transcrita, em resumo, caberá: a) aos Ministérios Públicos estaduais: o velamento das fundações privadas nos respectivos limites territoriais do estado-membro; b) ao Ministério Público do Distrito Federal: velar pelas fundações particulares localizadas no Distrito Federal ou nos territórios federais eventualmente criados; e c) ao Ministério Público Federal: a veladura pelas fundações federais de direito público, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos territórios.

3.2 Atribuições de velamento

Diversas são as atividades a serem desempenhadas pelo órgão de execução do Ministério Público, quando do velamento das fundações particulares no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse mister, a título exemplificativo, recomendou o Manual de Atuação Funcional do Ministério Público Estadual de Minas Gerais ao procurador/promotor (ESTADO DE MINAS GERAIS, 2008, 1903 — 1924):

a. analisar, antes da lavratura em cartório, as minutas de escritura (ou, em se tratando de instituição *causa mortis*, o testamento) e de es-

tatuto, fazendo as sugestões que se fizerem necessárias para a adequação dos aludidos instrumentos aos dispositivos legais;

- b. editar resolução ou portaria aprovando, sugerindo alteração ou negando autorização para registro dos atos constitutivos da instituição;
- c. requisitar ao responsável legal que, após providenciado o registro em cartório da entidade, remeta certidão de inteiro teor do respectivo ato registral, bem como a comprovação da transferência dos bens do instituidor em favor da fundação ao Ministério Público;
- d. arquivar a certidão de inteiro teor do ato registral e da comprovação da transferência dos bens do instituidor em prol da entidade fundacional em pasta própria da promotoria;
- e. intervir em todas as demandas judiciais ou extrajudiciais em que houver interesse de fundação de direito privado;
- f. autorizar, propor ou negar modificação estatutária;
- g. requisitar, anualmente, a apresentação da prestação de contas da entidade, que deverá conter: relatório de atividades, cópia de ata de eleição dos dirigentes e outros documentos que entender pertinentes;
- h. visitar, sempre que entender necessário e ao menos uma vez por ano, as instalações das fundações sob velamento;
- i. manifestar-se acerca da necessidade de alienação, permuta ou gravame de bens integrantes do acervo patrimonial da fundação;
- j. elaborar, em caso de testamento ou em razão de omissão das pessoas a tanto legitimadas, o estatuto da fundação bem como realizar as reformas estatutárias supervenientes em decorrência de modificação legislativa ou no interesse da própria entidade;

k. propor, em juízo ou fora dele, em favor do ente fundacional, pretensão de qualquer natureza, independentemente de provocação dos administradores; e

l. promover, judicialmente, a extinção da fundação de direito privado, exigindo prestação final de contas e indicando outra entidade fundacional para absorver o patrimônio, sempre que quedar-se acéfala, inativa ou não cumprir com suas finalidades e quando não dispuser de mecanismos para se promover o seu restabelecimento ou se decretar a extinção por via extrajudicial.

Caberá, também ao procurador/promotor, agora por recomendação de Cezar Fiúza (2000, p. 82), promover “a remoção dos maus administradores”.

4 CONCLUSÕES

À guisa de conclusões, poderemos asseverar:

- a. as fundações são universalidades de bens (*universitas bonorum*) dotadas de personalidade jurídica e destinadas ao cumprimento de determinados fins indicados pelo instituidor;
- b. as fundações podem ser classificadas em privadas e públicas, a depender da forma pela qual foram instituídas e das atividades por elas desempenhadas;
- c. as fundações particulares, instituídas por pessoas físicas, por ato *inter vivos* (escritura pública) ou de última vontade (*causa mortis* – testamento), são pessoas jurídicas de direito privado. As fundações públicas, criadas mediante autorização legislativa, são pessoas jurídicas de direito público. Ambas desempenham atividades de relevante caráter social;

- d. Com o advento do Código Civil de 2002, as fundações particulares somente poderão ser constituídas para o desempenho de fins religiosos, morais, culturais ou de assistência;
- e. são quatro as fases a serem seguidas para se criar uma fundação privada no ordenamento jurídico brasileiro: I) primeira fase: ato de dotação ou de instituição; II) segunda fase: elaboração dos estatutos; III) terceira fase: aprovação do estatuto; e IV) quarta fase: registro;
- f. eventual alteração estatutária haverá de se submeter a três requisitos: I) primeiro requisito: deliberação por dois terços dos gestores e/ou representantes legais; II) segundo requisito: não contrariedade ou não desvirtuamento dos fins a que se destina; e III) terceiro requisito: aprovação pelo Ministério Público ou, em caso de denegação deste, de suprimento judicial;
- g. duas são as formas pelas quais uma fundação poderá vir a ser extinta: I) primeira forma: quando vencer o prazo de sua existência (fundações instituídas por prazo determinado); e II) segunda forma: quando se tornar ilícita, impossível ou inútil a sua finalidade;
- h. o velador, isto é, quem fiscaliza ou vigia as fundações de direito privado no Brasil desde o nascedouro é o Ministério Público;
- i. incumbe aos Ministérios Públicos estaduais o velamento das fundações privadas nos respectivos limites territoriais do estado-membro;
- j. cabe ao MPDFT velar pelas fundações privadas localizadas no Distrito Federal e, uma vez criados, nos territórios federais;
- k. é obrigação do Ministério Público Federal a veladura pelas fundações federais, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos territórios federais;
- l. a função de velamento do Curador de Fundações consiste, dentre outras atividades, na análise dos atos institutivos, na sugestão de

alteração, aprovação ou reprovação dos estatutos ou modificação destes; na intervenção nas demandas judiciais e extrajudiciais em que a entidade fundacional for interessada como autora, ré ou terceira interveniente; na requisição da prestação de contas; no agendamento de visita, sempre que entender necessário e ao menos uma vez por ano, às instalações do ente; na propositura de demanda de qualquer natureza em favor da entidade, independentemente de provocação dos administradores; na promoção de medida judicial com o fito de extinguir a fundação, quando se tornar inativa ou não cumprir com a sua finalidade; na remoção dos maus administradores.

NOTAS

1. As fundações são denominadas de “estabelecimentos de utilidade pública” no sistema jurídico francês.
2. As fundações privadas são criadas por particulares e estão reguladas pelos arts. 62 a 69 do Código Civil.
3. As fundações públicas não são regidas pelo Código Civil, mas por normas próprias de Direito Administrativo.
4. DINIZ, 2011, p. 271.
5. Se insuficientes para constituir a fundação, conforme reza o art. 63 do Código Civil, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra entidade fundacional que se proponha a fim igual ou semelhante.
6. O estatuto da fundação é uma espécie de lei orgânica da pessoa jurídica. Ele servirá para orientar o funcionamento da entidade.
7. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz (CC, art. 65, *caput*). Se o estatuto

não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em 180 dias, a incumbência caberá ao Ministério Público (CC, art. 65, parágrafo único).

8. Deverá o membro do Ministério Público, tendo identificado que a fundação a ser instituída possui viabilidade e a documentação apresentada está de acordo com a lei, editar resolução ou portaria autorizando que se promova o registro perante o órgão cartorário competente.
9. O registro, segundo determina o art. 46 do Código Civil, deverá conter: a) a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; b) o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores; c) o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; d) se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo; e) se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; e f) as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.
10. BITTAR, 1994, p. 87-88.
11. GONÇALVES, 2007, p. 211.
12. A eventual alienação de bens das fundações, uma vez comprovada a sua necessidade, deve ser sempre autorizada judicialmente, ouvido previamente o Ministério Público (RT, 242:232, RF, 165:265).
13. Após o advento da Constituição Federal de 1988, não há territórios federais no Brasil. Não obstante, conforme § 2º do art. 18 da Lei Maior, uma vez criados, integrarão a União e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas por lei complementar.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTADO DE MINAS GERAIS. *Manual de atuação funcional*. Belo Horizonte: CEAF, 2008.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v.1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 7. ed. São Paulo: RT, 1992.

ABUSO DO DIREITO – A ATUAL SISTEMÁTICA DO ILÍCITO MATERIAL

Diego Escobar Francisquini

Bacharel em Direito pela UFMG. Assessor jurídico da PR-MG.

SUMÁRIO

1 Introdução

2 Do abuso do direito ou ilicitude material

2.1 Considerações iniciais

2.2 Origem e evolução histórica

2.3 As principais teorias acerca do abuso do direito

3 Elementos do abuso de direito segundo o ordenamento pátrio

3.1 Da finalidade econômica ou social

3.2 Da boa-fé

3.3 Dos bons costumes

3.4 Algumas implicações práticas da teoria do abuso no ordenamento pátrio

4 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O abuso do direito, também conhecido como ilicitude material, indubitavelmente, apresenta-se como um dos principais institutos jurídicos, gerando consequências diversas quando analisado em relação a cada um dos ramos a que é aplicado. Entretanto, observa-se que a doutrina civilista, de forma geral, não se preocupou em produzir um arcabouço teórico exclusivo sobre o tema, normalmente o relegando a mero apêndice da teoria da responsabilidade. Nesse cenário, considerando as constantes modificações que o tema vem sofrendo, mostra-se de suma importância sua análise pormenorizada.

Para alcançar o objetivo ora proposto, será estudado o conceito de *ilicitude material* positivado no art. 187 do Código Civil brasileiro. Ademais, buscando compreender as modificações trazidas pelo Código Civil de 2002, serão apresentados os institutos correlatos ao abuso de direito, bem como seus precedentes históricos e suas interpretações doutrinária e jurisprudencial.

2 DO ABUSO DO DIREITO OU ILICITUDE MATERIAL

Inicialmente serão analisados os principais aspectos relativos à teoria do abuso do direito, denominada por alguns autores de ilicitude

material, considerando a sua evolução histórica, as principais discussões doutrinárias e, por fim, o estágio a que chegou o instituto com sua positivação no presente Código Civil.

2.1 Considerações iniciais

Advinda da evolução da sociedade moderna, como forma de frear os excessos ocorridos no exercício dos direitos subjetivos, notadamente no contexto da eclosão das revoluções burguesas, momento em que o liberalismo e a autonomia da vontade eram tidos como pilares quase que inatacáveis do ordenamento jurídico então vigente, a teoria do abuso de direito constituiu-se em um processo de socialização do direito, estabelecendo fundamentos à repressão aos atos abusivos. Em outras palavras, coube à presente teoria a missão de equilibrar as relações sociais, notadamente em casos de sobreposição entre direitos subjetivos de vários indivíduos (MARTINS, 1997, p. 7).

No atual ordenamento civil pátrio, o instituto encontra-se positivado, entre outros, no art. 187 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Da análise literal do dispositivo em questão, podemos identificar três parâmetros que o legislador elegera para fins de delimitação do exercício de qualquer direito, quais sejam: a) finalidade econômica ou social; b) boa-fé; e c) bons costumes. Menezes Cordeiro (2001, p. 661), em comentário a dispositivo praticamente idêntico, constante no ordenamento jurídico luso, esclarece:

Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e econômico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício. Este último limite é específico — cada direito tem, ou pode ter o seu fim social e econômico; os dois primeiros são gerais: a boa fé e os bons costumes não emergem, na fórmula legal, de cada direito em si.

Ainda analisando os elementos caracterizadores do instituto em questão, a doutrina majoritária defende que a aplicação da teoria

do abuso não se limita aos atos cometidos a título de culpa, ou seja, adotou-se a concepção objetivista do abuso, segundo a qual, o critério do abuso não deve ser retirado do plano psicológico do agente, mas, objetivamente, do desvio de sua finalidade ou função social (GONÇALVES, 2009, p. 467); (ROSENVALD, 2007, p. 122).

Estipulados, portanto, os pontos básicos a serem abordados, quais sejam, os elementos caracterizadores do abuso e sua desvinculação da ideia de culpa em sentido lato, mister se faz uma breve análise do desenvolvimento histórico do instituto.

2.2 Origem e evolução histórica

O desenvolvimento da doutrina do abuso do direito, longe de estar inteiramente esgotado, sequer percorreu uma evolução linear. Até a sua estruturação minimamente satisfatória, o instituto foi sendo utilizado das mais diferentes formas ao longo do desenvolvimento jurídico peculiar de cada país.

No âmbito do direito romano, em que pese haver alguns textos indicativos de aplicação pontual de elementos característicos do abuso, notadamente dos brocados latinos como *summum jus, summa injuria* (supremo direito, suprema injustiça) e *male enim nostro jure uti non debemus* (não devemos fazer mal uso de nosso direito), não há qualquer forma de sistematização do tema. Ademais, o campo de incidência desse instituto era extremamente restrito, destacando-se, ao contrário, a concepção rigidamente absolutista dos direitos, com fundamento na máxima *nullus videtur dolo facere aequi jure suo utitur* (MARTINS, 1997, p. 12).

No período medieval, apesar de não haver uma evolução significativa da teoria do abuso, merece destaque o desenvolvimento de dois institutos, quais sejam: a) *aemulatio*; e b) a *teoria das imissões*. A *aemulatio* consiste em se coibir o exercício de um direito, sempre que não haja qualquer benefício para o seu titular e desde que este tenha a intenção de prejudicar terceiro. Deve-se destacar que o conceito de *aemulatio* já era utilizado no direito romano; no entanto,

era restrito às questões relativas ao uso das águas. A contribuição do direito medieval, sob a influência da moral cristã, foi estendê-lo a todas as relações de vizinhança. Para a caracterização da emulação, era necessário comprovar-se o elemento subjetivo — *animus nocendi* —, o elemento objetivo — ocorrência do dano —, bem como a inexistência de qualquer benefício para o titular do direito. Na prática, são patentes as dificuldades enfrentadas para a aplicação da referida teoria (MARTINS. 1997, p. 20).

Menezes Cordeiro (2001, p. 674) critica a atenção dispensada pelos juristas modernos ao instituto da *aemulatio*, sob o argumento de que não se deve, com base na interpretação de alguns poucos dados históricos, concluir-se pela existência de uma teoria minimamente organizada sobre o tema. Para o jurista, a ausência de perspectiva histórica deforma, com facilidade, a análise do instituto.

A chamada *teoria das imissões*, por sua vez, busca coibir danos que extrapolem a normalidade e a utilidade de um determinado direito, relacionando o conceito de abuso com o conceito de responsabilidade: “trata-se [...] de toda sorte de incômodos que extrapolem o limite da normalidade e da utilidade. Com isto, a ideia de ilicitude vai-se alargando e a noção de responsabilidade também”.

Em que pese o desenvolvimento das teorias supracitadas, o abuso do direito, como instituto autônomo e sistematizado, foi fruto da doutrina e da jurisprudência do final dos oitocentos, notadamente em França, durante a vigência do Código Napoleão, apesar de no citado código não haver referência expressa ao termo *abuso do direito*.

O desenvolvimento desse conceito se deu pela dicotomia gerada pela Codificação francesa da época, influenciada pelos ideais iluministas e pautada na autonomia da vontade e no absolutismo dos direitos subjetivos, em constante confronto com os anseios da emergente sociedade industrial pós- Revolução Francesa (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 49 - 50).

Segundo Menezes Cordeiro (2001, p. 671), o termo *abuso do direito* foi inicialmente utilizado pelo autor belga Laurent, para abarcar

uma gama de situações em que o tribunal francês condenou o réu, apesar de reconhecer a existência do direito, tendo em vista as irregularidades no exercício desse direito. Vejamos alguns exemplos elencados por ele e repetidos por quase a totalidade dos autores que tratam do tema:

[...] as primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial da vigência do Código Napoleão. Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava dasavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que, ao proceder a perfurações no seu prédio, provocou, por falta de cuidado, desabamentos no do vizinho. Seguir-se-iam, ainda, numerosas decisões similares, com relevo para a condenação, em 1913, confirmada pela Cassação, em 1915, por abuso do direito, do proprietário que erguera, no seu terreno, um dispositivo dotado de espigões de ferro, destinado a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.

Ainda segundo o jurista, uma das principais contribuições da doutrina francesa foi realizar a transição da teoria do abuso do direito da primeira fase de sua evolução, caracterizada por uma análise inconsistente e fragmentária, para uma segunda fase, já no contexto da segunda sistemática das codificações. Ressalte-se que tal transição não significou uma ruptura ao sistema romano adotado pela codificação napoleônica. Ao contrário, a coibição do abuso se deu com a formação de uma espécie de sistema periférico.

Da doutrina francesa, a teoria estendeu-se para outros países da Europa continental, merecendo destaque o desenvolvimento da doutrina alemã, que iniciou a chamada terceira sistemática. Para Cordeiro (2001, p. 686), dois fatores foram essenciais para o distanciamento da teoria alemã: “a inexistência, no pensamento jurídico alemão, de uma concepção jussubjectiva tão absolutizada como no francês e a impossibilidade de, nos textos romanos, encontrar uma base inequívoca para a teoria nova”.

Nesta terceira sistemática, buscou-se aplicar parte de textos romanos aos problemas surgidos naquela época. Em outras palavras, reconduzia-se “ao Corpus Iuris Civilis e aos esquemas do Direito comum, com ele conexos, as soluções subscritas para as práticas abusivas”. Segundo Cunha de Sá (1973, p. 54), o abuso do direito encontrava-se positivado nos §§ 226 e 826 do BGB (Código Civil Alemão), que dispunham, respectivamente: “o exercício de um direito é inadmissível quando só pode ter por fim causar dano a outrem” e “todo aquele que, de um modo chocante para os bons costumes, causa voluntariamente danos a outrem, fica obrigado perante este a indenizá-lo do prejuízo causado”.

Nesse contexto, e partindo da regra geral posta nos dispositivos supramencionados, o desenvolvimento de dois institutos merece destaque, quais sejam: a *exceptio doli* e a *chicana*.

A *exceptio doli* era utilizada como defesa, após interposição de processo judicial, toda vez em que a obrigação resultasse de “qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração” (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 720).

Ressalte-se que a aplicação desse instituto também foi fruto do esforço jurisprudencial alemão, tendo em vista que, na feitura do BGB, sua positivação foi recusada. A proposta seria incluída no § 185a, possuindo a seguinte redação: “Uma pretensão pode ser afastada por aquele contra quem é feita valer, quando o fazer valê-la, sob as circunstâncias do caso, atente contra os bons costumes.” (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 723).

A *chicana*, por sua vez, poderia ser avaliada sob duas perspectivas: em sentido amplo, seria o exercício do direito para prejudicar outrem; em sentido estrito, além do prejuízo do terceiro, seria necessário a ausência de interesse próprio. Foi adotada pelo direito alemão a concepção restrita, dispondo o § 226 do BGB, em sua Parte Geral: “O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infligir um dano a outrem”.

Ressalte-se que a colocação do tema na parte geral estendeu a proibição aos diversos ramos do Direito privado, sendo, segundo Menezes Cordeiro (2001, p. 724), aplicado de forma objetiva, sem qualquer análise de uma possível culpa do exercente do direito. O grande inconveniente da norma supramencionada foi estabelecer que o exercício do direito só possa ter por escopo a ocorrência do dano, o que restringe demasiadamente o seu âmbito de aplicação, já que é extremamente difícil se conceber um exercício de direito que não possa ocasionar, ainda que no plano abstrato, outras consequências distintas do dano a outrem.

Por fim, insta ressaltar que a dificuldade de aplicação do instituto da *chicana* ocasionou o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, com base nos conceitos de bons costumes e boa-fé. No entanto, tal desenvolvimento não se deu por um aprofundamento teórico do tema, outrossim, surgiu da aplicação do direito no caso concreto. Assim sendo, somente após a consolidação da jurisprudência, buscou-se a cientificação do conceito.

Para alguns autores, atualmente estaríamos diante de uma quarta fase de evolução da teoria do abuso, que, segundo Ferreira (2006, p. 20), seria “fruto do desenvolvimento das teorias finalistas, cujas considerações podem ser alcunhadas de ‘concepções normativo-axiológicas’, em que o abuso é avaliado em sua contrariedade ao elemento valorativo do direito”.

Pelo exposto, e fixadas a doutrina e a jurisprudência francesas como pioneiras no desenvolvimento da teoria do abuso do direito, sem ignorar a discordância de alguns autores, analisemos as principais correntes dogmático-filosóficas ligadas ao tema, nos moldes do adotado na obra de Cunha de Sá (1973).

2.3 As principais teorias acerca do abuso do direito

Inicialmente, os trabalhos realizados em França buscavam fornecer subsídios para justificar as decisões proferidas pela jurisprudência

francesa. Com isso, pouco importava a coerência de tal doutrina, bastando explicações puramente ideológicas, sem cunho de cientificidade jurídica, o que Jordão denominou de *maquiavelismo jurídico* (2006, p. 66), pautado exclusivamente nos interesses sociais daquela sociedade pós-industrial.

Surgem, nesse contexto, duas correntes acerca da admissibilidade, ou não, da autonomia da teoria do abuso, conhecidas como afirmativas e negativas, respectivamente.

Com o desenvolvimento da teoria, a questão acerca de sua autonomia não mais inquietou os estudiosos, passando a interessá-los o entendimento do abuso e suas implicações práticas, em detrimento de discussões puramente dogmáticas. Nesse sentido, podemos dizer que as legislações positivas contemporâneas como um todo aceitam o abuso do direito como figura jurídica autônoma.

Vejamos, de forma breve, o desenvolvimento dessas teorias.

2.3.1 A impossibilidade de uma teoria do abuso pela negação dos direitos subjetivos

Considerando o exposto no presente trabalho, é evidente que o conceito de abuso do direito depende da afirmação acerca da existência dos direitos subjetivos. Nesse sentido, para os autores que rechaçam a ideia do jussubjetivismo, seria impossível a concepção da referida teoria.

Assim defende León Duguit (apud SÁ, 1973, p. 296), para quem a teoria do abuso é a própria negação da existência de um direito subjetivo, o qual, segundo o autor francês, em que pese constar em variadas obras doutrinárias, não existe em lado algum da realidade. Para ele, agir conforme ao direito não é exercer um direito subjetivo; no mesmo sentido, praticar um ato cujo objeto seja lícito e o seu fim ilícito, é violar o direito objetivo, não havendo que se cogitar de um suposto direito subjetivo.

Segundo Cunha de Sá (1973, p. 298), a tese apresentada não se sustenta, uma vez que tão somente altera a denominação dos institutos, sem facilitar a sua aplicação aos casos concretos, “não se elimina o problema, pois fica por determinar o que o direito objectivo proíbe e o que permite e se entre o proibido e o permitido não haverá uma zona intermediária, constituída precisamente pelo acto abusivo.”

Ademais, ao contrário do defendido por Duguit, admitir o conceito de direito subjetivo não é negar a existência do abuso. Isso porque o direito subjetivo não concede ao seu titular um poder supremo e ilimitado, apto a satisfazer exclusivamente a seus interesses particulares em detrimento dos demais indivíduos da relação jurídica.

2.3.2 O caráter metajurídico da teoria do abuso do direito

Alguns autores, entre os quais se destaca Rotondi, embasados nos ideais estabelecidos pelo positivismo jurídico, defendem a negação da teoria do abuso, sob o argumento de tratar-se de um fato pertencente ao âmbito da sociologia e não ao mundo jurídico (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 309 - 310).

Sustenta Rotondi que todo direito subjetivo, no momento de sua criação, como resultado da vontade soberana de uma determinada sociedade, é tido como legítimo, lícito, justo e nada reprovável. No entanto, com o passar do tempo, a concepção de justiça da própria sociedade vai cambiando, o que torna o fato, anteriormente lícito, abusivo. Seria, portanto, um mecanismo natural de evolução jurídica de toda sociedade.

No mesmo sentido é o magistério de Warat (apud SÁ, 1973, p. 313), para quem um dos elementos caracterizadores do abuso seria uma espécie de normatividade espontânea ou consciência jurídica da própria sociedade, definida pelo autor como causa “supra-normativa” de limitação do sistema positivo.

Ressalte-se que, para Rotondi, considerando a sua concepção puramente positivista do direito, a concepção de abuso do direito serviria tão somente para pressionar o legislador a modificar o ordenamento positivo. Nesse sentido, impossibilitado estaria o Judiciário de reconhecer o abuso no caso concreto, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Mais uma vez a crítica apresentada nada acrescenta ao desenvolvimento da teoria do abuso. Tal concepção seria fruto do muito ultrapassado positivismo jurídico dos antigos códigos liberais.

2.3.3 A negação da autonomia do abuso do direito pela absolutividade dos direitos subjetivos

De acordo com alguns estudiosos, a autonomia dogmática do abuso é inconcebível, tendo em vista a característica absoluta dos direitos subjetivos. Para Marcel Planiol (1903, p. 281), a ideia de abuso; de direito era completamente contraditória, uma vez que o conceito de abuso excluiria o conceito de direito, considerando que “não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável que um único e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme ao direito e contrário ao direito”.

Ressalte-se que o autor não pretendeu excluir de apreciação os atos lesivos, defendeu, tão somente, a inexistência de uma autonomia do abuso em relação ao ilícito. Para ele, todo o ato abusivo, só porque é ilícito, não é o exercício de um direito (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 322).

Em resposta às críticas formuladas por Planiol, outro autor francês, Louis Josserand, buscou fundamentar a aplicação autônoma da teoria por meio da diferenciação entre o direito subjetivo e o direito objetivo. Nesse sentido, o ato abusivo seria conforme ao direito subjetivo daquele que o exerce e contrário ao direito objetivo, sendo este visto como ordenamento jurídico como um todo. Cunhou-se, portanto, uma concepção de abuso do direito como contrário ao direito objetivo.

As críticas formuladas por essa concepção referem-se ao fato de que todo direito subjetivo nada mais é do que uma parcela do direito objetivo, permanecendo a ilogicidade apontada por Planiol. Em outras palavras, o direito subjetivo seria a faculdade individual de agir de acordo com o direito objetivo e de pleitear sua proteção (GONÇALVES, 2009, p. 6).

Essa também é a crítica formulada por Coutinho de Abreu (2006, p. 6), para quem é “arrojado garantir a logicidade de um acto ser simultaneamente conforme a um direito subjectivo e desconforme com o direito em geral — sendo certo que é este que prevê ou reconhece aquele”.

2.3.4 O abuso do direito como a anormalidade do dano resultante do exercício do direito

A formulação do conceito de abuso foi estabelecida, entre alguns autores, com base nos prejuízos causados a terceiros. Em outras palavras, o abuso estaria presente quando os prejuízos causados extrapolam o resultado normal do exercício do direito subjetivo.

Entre os defensores dessa tese, podemos destacar Savatier, que identificou o abuso no dano anormal, restringindo a sua aplicação, por óbvio, somente aos casos suscetíveis de causação de um determinado dano.

Segundo os ensinamentos de Cunha de Sá (1973, p. 352-353):

Considera este autor [Savatier] que o acto abusivo só pode ter lugar relativamente ao exercício daqueles direitos que estejam legalmente codificados e cuja natureza própria os torne susceptíveis de virem a prejudicar outrem — não já, porém, quanto àqueles cuja natureza não permita de modo algum causar dano a terceiros, nem quanto aos direitos de que, estando em estreita correlação com a proteção das liberdades individuais (de pensamento, de palavra e de publicação, de comércio, de trabalho, de circulação,

de morada), seria próprio acarretar prejuízo a outrem, mas cujo conteúdo não estivesse legalmente concretizado.

Cunha de Sá critica a presente tese, tendo em vista a dificuldade em se determinar exatamente quais seriam os danos normais do exercício de determinado direito, além de reprovar a mudança de análise do abuso que sairia do exercício do direito e passaria para o resultado desse abuso.

Para o autor, não se pode dizer que um ato é lícito exclusivamente por não ter causado nenhum dano, tampouco o abuso do direito poderá ser reduzido a um dano anormal. Em outras palavras, “o dano só se converte em ilegítimo quando foi ilegalmente causado e, portanto, trata-se é de analisar e apreciar o acto causador do dano” (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 356). Nesse sentido, o centro da teoria do abuso deverá ser o exercício do direito e não as suas consequências.

2.3.5 O abuso do direito como moralidade que a legalidade postula

Em formulação à resposta da crítica elaborada por Planiol, alguns autores defendem que a teoria do abuso resultaria da subordinação da lei positiva aos princípios morais consistentes em não se causar prejuízos a outrem de forma maldosa. Essa é a posição de Ripert, para quem, com base na ideia de moralidade no exercício dos direitos, o abuso se limitaria aos fatos aparentemente lícitos, mas praticados com a intenção de prejudicar outrem.

Na mesma linha de raciocínio, Jean Dabin (apud JORDÃO, 2006, p. 80) defendeu que o abuso se relaciona ao uso de determinado direito de forma imoral. Com isso, a moral passaria a ter um status jurídico de limitação dos direitos subjetivos. Em outras palavras, “ao lado da legitimidade jurídica (ou juridicidade) existe uma outra legitimidade dela distinta, a legitimidade moral. E é neste plano ou perspectiva que o abuso do direito encontrará a sua justificação” (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 386).

Ressalte-se que alguns autores relativizam a análise do efetivo sentimento do agente, substituindo-o pela análise do resultado do ato. Nesse sentido, a inutilidade do ato o tornaria imoral, sem se verificar o sentimento que o inspirou. (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 365)

O grande problema dessa teoria seria a fluidez do conceito de moral, que, conforme cediço, possui natureza eminentemente individual, o que confere ao juiz um excesso de poder para decidir no caso concreto segundo a sua moral pessoal. Ademais, de *lege ferenda*, a escolha da moralidade como único parâmetro para configuração do abuso se deu de forma arbitrária, uma vez que outros princípios também poderiam ser estabelecidos como parâmetro.

2.3.6 O abuso do direito como exercício em contrariedade ao espírito do direito subjetivo ou ao fim socialmente relevante de que tal direito é instrumento

Ultrapassadas todas as correntes até então indicadas, os estudiosos começaram a cunhar uma teoria do abuso do direito buscando suas linhas mestras dentro do próprio direito subjetivo. Segundo Cunha de Sá (1973, p. 403), o pioneiro dessa corrente foi o francês Porcherot, que defendeu: “abusa-se do direito próprio quando, permanecendo nos seus limites, se visa um fim diferente daquele que teve em vista o legislador”.

Com base nisso, surge a tese do abuso como violação à função social do direito subjetivo, sustentada na ideia de que os direitos subjetivos carregam consigo uma função social que deverá ser observada por seu titular. Em outras palavras, o abuso do direito seria o desrespeito à função social do próprio direito subjetivo.

Segundo Josserand, os direitos subjetivos poderiam ser divididos em três categorias distintas, quais sejam, *direitos altruístas*, *direitos não causados* e *direitos de espírito egoísta*. Os primeiros estariam intimamente ligados ao interesse comum de toda a comunidade. Os

não causados, por sua vez, seriam os que poderiam ser exercidos de modo absoluto, sem possibilidade de fiscalização; enquanto os de *espírito egoísta* seriam aqueles cuja própria finalidade seria a satisfação dos interesses pessoais de seu titular.

Vejamos os comentários de Fernandes de Souza (2005, p. 30):

Josserand, a princípio também sustenta uma posição objetivista, filiando-se ao ponto de vista da finalidade social do direito subjetivo. Assim, abusa do seu direito aquele que o exerce em desrespeito à sua finalidade e espírito próprios, em contrariedade às regras sociais. Ao lado dos *direitos altruístas*, concedidos ao titular para satisfação de interesses que lhe são exteriores, vislumbra a existência de outros tantos. Classifica-os como *direitos não causados*, prerrogativas de fronteiras bem estreitas e demarcadas, relativas a direitos abstratos e peremptórios, que poderiam ser exercidos de modo absoluto, e *direitos de espírito egoísta*, categoria composta por prerrogativas cuja finalidade social seria mesmo a satisfação dos interesses pessoais do titular do direito.

Ressalte-se que, mesmo para os autores que defendem a tripartição dos direitos subjetivos, todo e qualquer deles são instituídos pelo legislador tendo em vista uma finalidade específica, que deverá ser observada, sob pena de configuração de ilicitude, regra também aplicável aos *direitos egoístas*. A diferença, portanto, estaria na análise da finalidade de cada um dos direitos.

A caracterização do abuso, portanto, dependeria dos seguintes elementos: a) pessoa titular de um direito e capaz de exercê-lo; b) permanência nos limites objetivos traçados de forma mais ou menos precisa pela lei; c) apontamento numa direção contrária ao indicado pelo espírito da lei (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 419).

Para Jordão, a adoção da referida teoria possui o inconveniente de reduzir o problema do abuso a questões de cunho exclusivamente ideológico, além de incluir em seu âmbito uma imensidade de situações que antes não eram abarcadas pela teoria do abuso. Nesse

sentido, a ideia de função social funcionaria como uma poderosa “arma” de conteúdo político e não jurídico (JORDÃO, 2006, p. 32).

2.3.7 O abuso do direito como exercício em contrariedade ao interesse ou à situação de poder ou domínio de que o direito subjetivo é a expressão jurídica

O abuso do direito como exercício em contrariedade ao interesse ou à situação de poder ou domínio de que o direito subjetivo é expressão jurídica surge com a chamada teoria causalista do abuso de direito. Segundo essa teoria, a tutela legislativa dos direitos estaria ligada à verificação de interesses que seriam objetos de um consenso da comunidade social. Nesse sentido, seria abusivo o exercício de um determinado direito toda vez que o seu titular desrespeitasse o *interesse* ou a *situação de poder ou de domínio* de que tal direito é expressão jurídica (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 423). Seria preciso, portanto, buscar quais seriam as causas das opções legislativas e jurisprudenciais para a análise acerca do abuso.

Em outras palavras, para superar as incongruências constantes na concepção de abuso de direito como contrário ao direito objetivo, cunhou-se a ideia de que estaríamos em frente a um conflito de direitos, sendo necessária a sua ponderação no caso concreto, sobressaindo-se aquele mais importante.

Considerando que, em grande parte dos casos, o exercício do direito é gerador de danos, sem qualquer tipo de ilegitimidade, o problema da referida concepção seria definir quais seriam os direitos mais importantes no caso concreto. Se essa prevalência é evidente em alguns casos, em uma infinidade de situações, não haveria qualquer critério seguro a ser aplicado, concedendo ao Estado-Juiz uma discricionariedade imensa na aplicação da teoria. Ademais, nem sempre o interesse mais elevado tem de ser o mais forte, não sendo a situação de poder o único fator para decidir sobre a prevalência de determinado interesse.

2.3.8 O abuso do direito como exercício em contrariedade à natureza teleológica e materialmente fundada do direito subjetivo

A presente concepção surge da análise da finalidade da norma como integrante de sua natureza, e não como elemento externo a ela. Nas palavras de Cunha de Sá (1973, p. 437), “natureza e teleologia desse direito não constituem, pois, duas realidades distintas, ainda que fronteiriças, mas partes ou características de um mesmo todo”. Nesse sentido, o ato abusivo se apresenta toda vez que a conduta do agente destoa do sentido teleológico integrante da própria norma jurídica.

Ressalta Giorgianni que não se está afirmando ser a finalidade do titular do direito subjetivo a causa do abuso; diferentemente, o que se deve analisar é o elemento valorativo que no ambiente cultural se mostra como prevalente. Em outras palavras, é a finalidade da própria norma que será levada em conta (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 438).

2.3.9 O abuso do direito como qualificação jurídica dogmaticamente autônoma da noção de ilicitude formal

Para sustentar a autonomia do abuso do direito, Cunha de Sá (1973, p. 476) estabelece, diante de um determinado comportamento, três hipóteses a serem consideradas, quais sejam:

[...]a) tal comportamento conforma-se quer com a estrutura do direito subjetivo exercido, isto é, com a sua forma, quer com o valor normativo que lhe está inerente; b) o comportamento do titular é, logo em si mesmo, contrário ou disforme da própria estrutura jurídico-formal do direito subjetivo em causa; c) o comportamento preenche na sua materialidade, *in actu*, a forma do direito subjetivo que se pretende exercer, mas, do mesmo passo, rebela-se contra o sentido normativo interno de tal direito, isto é, contra o valor que lhe serve de fundamento.

Diante dessas hipóteses, o autor conclui que, somente no primeiro caso, estaríamos diante de um ato lícito, que atende tanto aos requisitos formais do direito subjetivo, quanto ao valor que fundamenta tal direito subjetivo. O segundo caso, por outro lado, caracterizaria a carência do direito ou a ilicitude, já que não se respeitou a estrutura jurídico-formal do direito. No terceiro caso, ao se desrespeitar o sentido normativo interno do direito subjetivo, ainda que se preencha a sua materialidade, estaremos diante, também, de um caso de carência de direito que caracterizaria, porém, o abuso de direito.

Nesse sentido, observa-se que o autor defende a ideia de abuso como valor imanente a um direito subjetivo, dividindo o exercício do direito em duas esferas distintas: o âmbito formal e o âmbito material. O âmbito formal seria aquele imposto pela própria norma que regulamenta o exercício do direito, seria a sua estrutura formal. O âmbito material, por sua vez, também chamado de fundamento objetivo, seria o valor que se pretendeu defender quando da elaboração da norma jurídica.

Consolidado o entendimento acerca da autonomia do abuso do direito, a teoria se desenvolve e ganha destaque entre os civilistas. Entre esses, podemos destacar o trabalho desenvolvido por Louis Josserand, Jan Dabin, Michele Giorgianni e Castanheira Neves, todos citados por Cunha de Sá (1973).

Josserand, ocupando-se da questão da responsabilidade, estabelece que o dano indenizável pode decorrer de atos ilegais, atos ilícitos ou abusivos e atos excessivos. Os primeiros seriam aqueles praticados sem direito, em afronta ao direito de outrem, o que resultaria de uma responsabilidade objetiva, isto é, prescindindo da análise do elemento subjetivo do agente. Os atos ilícitos ou abusivos seriam o exercício de um direito, porém com a finalidade de “falsear o espírito da instituição” (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 473), dependente do elemento subjetivo do agente, qual seja, a culpa em sentido lato, o que caracteriza a responsabilidade subjetiva. O ato excessivo, por sua vez, seria aquele que, embora fosse legal em si mesmo, pelo seu fim, provocasse um dano anormal, rompendo o equilíbrio entre os direitos em jogo.

Dabin, partindo da divisão dos direitos subjetivos em direitos-função e direitos egoístas, estabelece a distinção entre atos formalmente ilegais e atos abusivos. Os primeiros seriam aqueles que ultrapassam os limites impostos pelo direito objetivo, aplicando-se indiscriminadamente tanto aos direitos-função quanto aos direitos egoístas. Os atos abusivos, por sua vez, se distinguem dos atos ilícitos exclusivamente por não serem ilegais em todos os aspectos.

Para Giorginanni, as figuras antijurídicas poderiam ser divididas em: atos formalmente ilegais ou ilícitos e atos abusivos. Os atos ilegais ou ilícitos seriam aqueles que desrespeitam o comando normativo que, como norma de dever ser, estabelece determinado comportamento como obrigatório. Para o autor, ao lado dos atos juridicamente ilícitos, estariam os atos abusivos, que seriam simultaneamente permitidos e proibidos, considerando-se esferas distintas.

Castanheira Neves também estabelece a distinção entre a ilicitude formal ou ilegalidade e a ilicitude material do direito do direito. No entanto, para reforçar a ideia de autonomia dogmática do instituto em relação à ilicitude em si, o autor ressalta a alteração na perspectiva metodológica para a análise da juridicidade de determinado ato. Em outras palavras, a autonomia da presente teoria se justifica pois a análise da juridicidade de determinada conduta deixou de ser realizada exclusivamente pelo método lógico-ideal de fundamento legal, passando a ter como fundamento um critério axiológico-normativo.

3 ELEMENTOS DO ABUSO DE DIREITO SEGUNDO O ORDENAMENTO PÁTRIO

Pelo exposto até o presente momento, acerca do abuso de direito, restam cristalinas as dificuldades em se definir, de forma minimamente segura, os contornos e a aplicação da referida teoria. Isso porque a infinidade de situações possíveis e a impossibilidade de

se positivar a extensão exata dos direitos subjetivos tornam inviável uma solução exclusivamente legislativa. Com isso, ganha notada expressão o papel da jurisprudência, já que o abuso, na maioria das vezes, é definido tão somente na análise do caso concreto.

Aumentando ainda mais as dificuldades de compreensão do instituto, segundo os ensinamentos de Carpena (2005, p. 411), a jurisprudência pátria permanece controversa acerca do conceito de abuso bem como dos critérios de aferição da abusividade, lançando mão, na esmagadora maioria das vezes, do conceito de boa-fé para aplicação da teoria.

Pela análise do art. 187 do Código Civil, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, podemos concluir que, com o novo Código Civil, a doutrina pátria evoluiu para uma concepção de abuso que retira do próprio direito subjetivo as balizas que o legitimam. Em outras palavras, os limites do exercício de qualquer direito são fixados pelo fundamento axiológico ou teleológico da própria norma jurídica. Nesse sentido, o exercício regular de um direito não se limita aos contornos formais estabelecidos pela norma posta, ao contrário, deve pautar-se pelos princípios que nortearam a elaboração dessa norma, atendendo-se à finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes.

Ressalte-se, mais uma vez, que a aplicação da teoria em análise não mais exige a intenção de causar o dano, tendo sido, inclusive, cunhado, nesse sentido, o Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Civil do CJP, segundo o qual “a responsabilidade civil decorrente de abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Analisadas as premissas básicas do abuso, e para a otimização deste estudo, faremos uma análise estratificada dos elementos que limitam o exercício de um determinado direito subjetivo em nosso ordenamento jurídico, quais sejam, finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes.

3.1 Da finalidade econômica ou social

Conforme já dito, a partir do final do século XIX, buscaram-se mecanismos aptos a limitar os direitos subjetivos, tidos como absolutos, principalmente após as revoluções burguesas, desenvolvendo-se o movimento de funcionalização desses direitos. Nesse sentido, a função social e econômica passou a estabelecer os limites de cada um dos direitos subjetivos. Com isso, será possível a intervenção no âmbito da liberdade contratual em benefício do bem comum, de acordo com os princípios da justiça e da solidariedade (ROSENVALD, 2007, p. 130 - 131).

Como exemplo de aplicação do conceito em análise, podemos citar um caso hipotético de um credor, munido de título executivo extrajudicial, que coage o devedor a realizar uma novação que lhe seja exageradamente desfavorável, sob a ameaça de executar o referido título, o que levará o devedor à ruína.

Por fim, devemos ressaltar o aumento de importância da chamada função social da propriedade, consagrada no texto constitucional, que visa suprir “necessidades colectivas de produção, de alojamento, de sustento, de emprego etc., [que] torna cada vez mais inaceitável e incompreensível que a propriedade possa permanecer infecunda” (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 222), apta a justificar, inclusive, processo de desapropriação do imóvel.

3.2 Da boa-fé

Considerando que a boa-fé é o princípio de maior densidade significativa e doutrinária, seria inviável uma análise muito detalhada do tema, sendo a proposta do presente trabalho tão somente apresentar as premissas básicas que envolvem a aplicação do referido conceito.

Segundo os ensinamentos de Rosenvald (2007, p. 75), o desenvolvimento do conceito de boa-fé pode ser compreendido com base na análise dos modelos romano, francês e alemão, respectivamente. O primeiro, ainda segundo o autor, possuía como característica um

sistema de ações e não de direitos. Por esse sistema, o juiz deveria sentenciar com base na boa-fé, em controvérsias relativas a negócios jurídicos, nas hipóteses em que não há lei para resolução da lide. Tal mecanismo ficou conhecido como *iudicia bonae fidei*.

Após a Idade Média, a boa-fé é positivada no Código Napoleônico de 1804, sem grandes consequências para o caso concreto, tendo em vista que o referido Código estava praticamente absolvido pelo dogma da autonomia da vontade e pela ideia de absolutismo dos direitos subjetivos, como consequência lógica da Revolução Francesa.

Em que pesem os antecedentes apontados, é na Alemanha que o tema encontra terreno propício para desenvolvimento. Segundo dispunha o § 242 do BGB de 1900, integrante da Parte Geral do Código, “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”. A interpretação dada ao dispositivo estabeleceu a chamada boa-fé objetiva, que será analisada adiante.

A boa-fé pode ser compreendida sob duas acepções distintas: a subjetiva e a objetiva. A primeira relaciona-se com o estado anímico da pessoa, que acredita possuir um direito que na verdade não existe. Seria uma análise interna do indivíduo que participa da relação jurídica. Nas palavras de Cunha de Sá, “é essencialmente um estado ou situação de espírito, de que se retiram consequências favoráveis. Trata-se de apurar em determinado sujeito se, numa altura considerada, ele era possuído por uma convicção de conformidade ao direito” (1973, p. 165). Segundo Menezes Cordeiro (2001, p. 516), o núcleo conceitual da boa fé subjetiva poder ser definido da seguinte forma: “A boa fé traduz um estado de ignorância desculpável, no sentido de que, o sujeito tendo cumprido com os deveres de cuidado imposto pelo caso, ignora determinadas eventualidades”.

Ressalte-se que o conceito de boa-fé subjetiva é largamente utilizado, entre outros, no direito possessório e em matéria de ausência, situações jurídicas em que a boa-fé subjetiva interfere significativamente em suas consequências.

A boa-fé objetiva, erigida a princípio geral, é pautada em uma determinada postura socialmente adequada, segundo os fins estabelecidos pela própria sociedade, que prescinde da análise da situação subjetiva dos envolvidos no negócio jurídico.

Tendo em vista tratar-se de conceito fluido, a análise da boa-fé objetiva demanda a aplicação de juízos valorativos que evoluem ao longo do tempo, uma vez que a sociedade está em constante movimento, elemento que não pode passar despercebido ao aplicador do direito. Em outras palavras, o que era socialmente adequado há alguns anos pode não ser hoje, o que obriga o juiz a atentar-se para a evolução social, sob pena de prejudicar o princípio da boa-fé objetiva.

3.3 Dos bons costumes

O conceito de bons costumes apresenta maiores dificuldades que o conceito de boa-fé. Isso porque bons costumes são regras de convivência sociais que, na grande maioria das vezes, variam em relação a cada pessoa. O caráter vago e relacionado à moral dificulta sua definição de forma minimamente segura. Ademais, a aplicação dos bons costumes, ao contrário da boa-fé, limita-se à restrição de comportamentos, não ensejando a obrigação de um agir específico (LIMA, 2005, p. 13).

Para Cunha de Sá (1973, p. 190), o conceito de bons costumes pode ser analisado por meio de duas concepções distintas: uma sociológica, preocupada com a opinião socialmente dominante, que aceita a sua natureza variável e uma outra idealista, de viés filosófico ou religioso, fundada em ideal divino ou humano, negando a aceitação de práticas meramente usuais. Ainda segundo o autor, em Portugal, já no último quarto do século XX, os bons costumes eram ditados pela moral cristã, o que, ao menos em tese, não poderá ocorrer no ordenamento pátrio, tendo em vista a secularização adotada pelo Estado brasileiro. Como exemplo de aplicação dos bons costumes, o autor apresenta as seguintes situações:

Assim será nulo o contrato pelo qual alguém se obriga a prestar a outrem os seus serviços durante toda a vida, ou a praticar

certo culto ou a renunciar a certo culto, a tomar uma profissão determinada ou a deixar para sempre aquela que exerce, ou nunca exercer aquele que desejaria, ou a habitar toda a vida em tal cidade ou tal casa. (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 195)

Além dos casos apontados, podemos citar, também, como exemplos de aplicação dos bons costumes aos negócios jurídicos, a irrepetibilidade do pagamento das obrigações naturais e a possibilidade de interdição para os pródigos e ébrios habituais.

3.4 Algumas implicações práticas da teoria do abuso no ordenamento pátrio

Após desenvolvimento da teoria do abuso do direito, diversos outros institutos correlatos ganharam força, possibilitando e reforçando a boa-fé nas relações sociais, que constitui um dos grandes pilares do Código Civil de 2002. Entre esses institutos, merecem destaque: *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, e a *supressio e surrectio*.

A *exceptio doli*, conforme já analisado, é exercida por meio de exceção, ou seja, em contra-ataque a uma demanda já deflagrada, toda vez que o titular de um direito subjetivo houver incorrido em dolo. Ressalte-se que, segundo Menezes Cordeiro, o dolo é analisado no momento da discussão sobre o exercício do direito subjetivo, e não quando de sua formação. (CORDEIRO, 2001, p. 719)

O *venire contra factum proprium* visa tutelar a confiança entre as partes e aplica-se toda vez que uma delas procede de forma contraditória, frustrando o direito da outra parte, em confronto com o princípio da boa-fé e da segurança jurídica. Segundo Menezes Cordeiro, “esse exercício [contraditório] é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível”. (Cordeiro, 2001, p. 742) [grifo nosso]

O *tu quoque* refere-se à vedação do exercício de um direito subjetivo obtido com a violação de norma jurídica. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento”. (Cordeiro, 2001, p. 837)

A *supressio* caracteriza-se quando o titular de um direito subjetivo, em alguns casos, deixa de exercer esse direito por um lapso temporal significativo que o impossibilita de fazê-lo, considerando a boa-fé e a confiança entre as partes. Segundo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, “a *supressio* constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva”¹. A *surrectio*, por sua vez, é a mesma situação, porém sob a ótica do *devedor*² da obrigação. Em outras palavras, a *surrectio* é o direito que a parte adquire, em alguns casos, quando o titular do direito deixa de exigí-lo.

Seria o caso, por exemplo, de um negócio jurídico de trato sucessivo, no qual se estipula o pagamento em dinheiro e no domicílio do credor, mas que o credor aceita, por vários anos, o pagamento em cheque e no domicílio do devedor. Nesse caso, presume-se que o credor renunciou ao local e à forma de pagamento.

Ressalte-se que, para configuração dos institutos, é indispensável que o não exercício do direito crie na contraparte uma expectativa fundada de que o direito não será mais exigido, o que será analisado levando-se em conta os ditames da boa-fé e dos costumes do local da celebração do contrato.

4 CONCLUSÃO

Considerando o que foi produzido até o presente momento, é possível definirmos alguns conceitos básicos relacionados à teoria do abuso do direito adotada pelo novo Código Civil.

Primeiramente, temos que o abuso do direito, independentemente de sua definição como ilícito ou como *tertium genus*, integra uma teoria autônoma que demanda o desenvolvimento de uma metodologia distinta daquela aplicável à análise da ilicitude formal. Ademais, devemos destacar que o atual estágio de evolu-

ção da teoria exige a análise dos limites do direito subjetivo dentro da própria norma jurídica que o estabelece. Tal análise, no entanto, não deve ocorrer de forma isolada; ao contrário, deve ser realizada de forma sistemática, observando-se todo o ordenamento jurídico e, notadamente, os princípios aplicáveis à norma em questão.

Conforme indicado, o ilícito material seria o exercício de determinado direito em afronta à sua finalidade econômica ou social, à boa-fé ou aos bons costumes, desrespeitando os pressupostos teleológicos que integram a própria norma jurídica, sem qualquer indagação acerca da intenção do agente. Nesse ponto, a grande inovação da teoria do abuso seria o método de análise do ilícito, que deixaria de ser puramente a subsunção do fato à norma e passaria para um exercício hermenêutico mais complexo de análise teleológica dessa mesma norma, em confronto com todo o ordenamento jurídico.

Por fim, cabe ressaltar que a grande contribuição do estudo do instituto do ilícito material é apontar para uma significativa mudança de perspectiva na aplicação do tema, ultrapassando uma abordagem exclusivamente formal da norma e apontando para uma análise substancial, permeada de princípios jurídicos que se amoldam com mais precisão aos anseios sociais, permitindo uma aplicação mais justa do direito.

NOTAS

1. Ap.Cív. 70001911684. TJRJ, 2ª Câ. Cível, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza. j. Em 4.12.2000.
2. A palavra “credor” utilizada não se refere à obrigação principal em si. Serve tão somente para clarificar os conceitos em análise e pode referir-se à parte ativa ou passiva de ônus secundários, como, por exemplo, o local ou a forma do pagamento.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARPENA, Heloisa. *A parte geral do novo Código Civil*. Estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de Direito* — Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1983 (reimpresso em 2006).

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Lisboa: Petrony, 1973.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Da responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERNANDES DE SOUZA, Luiz Sérgio. *Abuso de Direito Processual*. Uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: JusPodivm, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: 1994.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do Novo Código Civil. *RT*-838, agosto de 2005, 94º Ano. p. 11-41.

MARTINS, Pedro A. Batista; Pacheco, José da Silva. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com considerações preliminares. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: F. Pichon, 1903.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo Código Civil*. São Paulo: 2007.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.